

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA - UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIAS**

HANNAH MOREIRA GARCIA XIMENES

**DA TUTELA DO NASCITURO NO DIREITO SUCESSÓRIO
BRASILEIRO**

**JOÃO PESSOA
2011**

HANNAH MOREIRA GARCIA XIMENES

**DA TUTELA DO NASCITURO NO DIREITO SUCESSÓRIO
BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao curso de
Direito da Universidade Federal da
Paraíba, como um dos pré-requisitos
para obtenção do grau de bacharel.

Área: Direito Civil

Orientadora: Prof.^a Ms. Giorgia
Petrucci Lacerda e Silva Abrantes.

JOÃO PESSOA
2011

HANNAH MOREIRA GARCIA XIMENES

**DA TUTELA DO NASCITURO NO DIREITO SUCESSÓRIO
BRASILEIRO**

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Ms. Giorgia Petrucce Lacerda e Silva Abrantes

Membro da banca examinadora

Membro da banca examinadora

Data da aprovação: ____/____/____.

**JOÃO PESSOA
2011**

Ao Deus Criador do Universo, em cujas mãos
está a alma de tudo quanto vive, e o espírito de
toda a carne humana.

AGRADECIMENTOS

A Deus, que me deu o dom da vida e me dá forças para enfrenta-la, sempre vindo em meu socorro.

Aos meus queridos pais, Álvaro e Silvana, e à minha irmã Aglália, sem os quais eu nada seria. Obrigada por terem me ensinado o caminho da verdade, pelo seu amor, amizade, educação, paciência e incentivo, e por nunca me deixarem desistir.

A Hannah, Jorrit e Anne Julinka, por terem sido minha segunda família, durante o período que passei longe de casa.

A vovó Aglália e a vovó Luíza, pelas suas orações e pelo apoio que sempre me deram.

À minha orientadora Giorgia, um exemplo de professora, pela sua paciência e amizade.

A todos os familiares, professores e amigos que contribuíram, direta ou indiretamente, para a feitura deste trabalho.

“Senhor, Tu me sondaste, e me conheces. Nem ainda as trevas me encobrem de Ti; pois possuíste os meus rins; cobriste-me no ventre de minha mãe. Eu Te louvarei, porque de um modo assombroso, e tão maravilhoso fui feito; os meus ossos não te foram encobertos, quando no oculto fui feito, e entretecido nas profundezas da terra. Os Teus olhos viram o meu corpo ainda informe; e no Teu livro todas estas coisas foram escritas; as quais em continuação foram formadas, quando nem ainda uma delas havia.” (Salmo 139:1,12-16)

RESUMO

A elaboração deste trabalho repousa na problemática causada pela atual situação do nascituro perante o Direito Sucessório brasileiro, causada pela adoção da teoria natalista de aquisição da personalidade. Através da pesquisa bibliográfica, busca-se considerar o tratamento que o nascituro recebe, mais especificamente no que se refere à garantia e efetividade de seus direitos sucessórios, e oferecer alternativas para que tais direitos sejam postos em prática, protegendo seus interesses e os de seus herdeiros. A pesquisa desenvolvida é de cunho jurídico-dogmático, sendo utilizado o método de abordagem dialético, para que se possa ponderar as contradições existentes no ordenamento jurídico brasileiro acerca do tema, e posteriormente o método comparativo, que possibilita a análise conjunta de ordenamentos jurídicos alienígenas. A aquisição da personalidade jurídica pelo nascituro é tema de grandes debates jurídicos. Existem três principais teorias que tratam do tema: a natalista, a da personalidade condicional e a concepcionista. O tratamento jurídico dado ao nascituro depende de qual dessas teorias é adotada pelo ordenamento jurídico. No Brasil, é adotada a teoria natalista, que somente confere personalidade jurídica a partir do nascimento com vida. O instituto da sucessão visa salvaguardar a transmissão do patrimônio àqueles da preferência do *de cujus*. No Brasil, a principal forma de sucessão é a sucessão legítima, a qual deve obedecer à ordem de vocação hereditária. Assim, os primeiros na linha de sucessão são os descendentes, não importando a sua classificação, pois todos os filhos são iguais para o Direito. O filho nascituro, porém, não recebe o mesmo tratamento. Seus direitos sucessórios são salvaguardados até o nascimento com vida, mas se esse não ocorrer, será como se o nascituro nunca tivesse existido juridicamente, portanto não herdará nem transmitirá herança. O nascituro possui outros direitos, como o direito à vida, a alimentos e à indenização por danos causados, por isso não há razão de não ter seu direito sucessório ressalvado, sendo este um paradoxo evidente na legislação brasileira. Por fim, demonstra-se que a teoria natalista, desse modo, não se mostra adequada para tutelar o direito sucessório do nascituro; é necessário, por isso, buscar uma alternativa para esta situação de evidente desamparo legal. A teoria que se mostra mais adequada para salvaguardar esses direitos, coadunando-se com os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, presentes na Constituição Federal de 1988, é a teoria concepcionista, a qual considera que a personalidade jurídica inicia-se no momento da concepção.

Palavras-chave: Nascituro. Personalidade Jurídica. Direitos Sucessórios.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 SOBRE O NASCITURO	11
1.1 A questão da aquisição da personalidade e capacidade.....	11
1.2 Da aquisição da personalidade pelo nascituro.....	17
1.3 Breve estudo comparativo da situação jurídica do nascituro alienígena.....	25
2 A SUCESSÃO NO BRASIL	35
2.1 O direito de suceder.....	35
2.2 A sucessão em suas peculiaridades	41
2.3 O tratamento dado ao direito sucessório do nascituro.....	50
3 O NASCITURO NA SUCESSÃO.....	55
3.1 Da proteção legal conferida ao nascituro no Brasil.....	55
3.2 O problema do desamparo legal	64
3.3 Aplicação da teoria mais adequada na proteção dos direitos sucessórios do nascituro	68
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	75
REFERÊNCIAS	79

INTRODUÇÃO

O Direito tutela todos os aspectos da vida: desde o nascimento até a morte; destarte, vai, além desses dois limites biológicos, pois confere normas que regulam o tratamento conferido à pessoa antes que ela venha ao mundo (enquanto ainda está no ventre) e até depois que ocorre o evento da morte, com a transmissão de seu patrimônio.

Neste trabalho, pois, se versa sobre o tratamento conferido ao ser que ainda não nasceu (o nascituro) pelo ramo do Direito que regula a transmissão da herança: o Direito Sucessório. Como é cediço, a herança é transmitida ainda que o herdeiro seja ignorante a este fato, desde que na época de abertura da sucessão tenha capacidade para herdar. Nesses temos se argumenta que, na qualidade de ser em desenvolvimento, o nascituro não tem capacidade jurídica, tampouco personalidade jurídica e, de acordo com a teoria natalista (que é a adotada pelo Código Civil brasileiro) se o infante morre durante o parto, não chegando a respirar e, por isso, não adquirindo personalidade jurídica, não chega a herdar nem transmitir herança, sendo tratado como inexistente para o Direito.

É visível a contradição posta em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, consubstanciado na Constituição de 1988, pois a ciência já provou que a partir do momento da concepção, o ser em desenvolvimento já possui todas as características que lhe farão um ser humano mais adiante. Destarte, se por algum motivo de força maior isso não vem a ocorrer, o ser que até ali existiu não pode ser ignorado pelo Direito. Diante disso, surge a seguinte indagação: de acordo com que teoria seriam melhor efetivados os direitos do nascituro no Direito Sucessório brasileiro?

O objetivo do presente trabalho é, pois, documentar a realização de uma investigação sobre o tratamento que o Direito Sucessório brasileiro dá ao nascituro, comparando as diversas teorias elaboradas a respeito de sua personalidade jurídica e as consequências de cada uma, especialmente da teoria concepcionista. Tudo isso se efetivará através do exame das teorias que tratam do início da personalidade, igualmente cotejando o Direito brasileiro e as legislações alienígenas e, concomitantemente, tratando do instituto jurídico da sucessão legítima, dando ênfase à ordem de vocação hereditária e às pessoas que têm legitimidade para suceder.

A pesquisa será de cunho jurídico-dogmático; o método de abordagem utilizado será o dialético, facilitando a ponderação acerca das contradições que existem dentro do próprio

ordenamento jurídico brasileiro, e, conseqüentemente, a busca de uma solução para essa problemática. Ainda será utilizado o método interpretativo, investigando-se os institutos jurídicos da legislação brasileira que tratam do início da personalidade jurídica, bem como da sucessão legítima e, posteriormente, far-se-á uso do método comparativo de procedimento, para cotejo do tratamento que o ordenamento jurídico brasileiro dá ao nascituro com o tratamento que lhes é conferido por alguns ordenamentos estrangeiros.

O primeiro capítulo trará um estudo sobre a aquisição da personalidade jurídica e da capacidade, apontando as semelhanças e diferenças entre os dois conceitos. Em seguida, será feita uma análise sobre as diferentes teorias que tratam do início da personalidade jurídica, tendo estas o nascituro como personagem principal. O segundo capítulo trará a análise histórica do instituto da sucessão, bem como o estudo sobre a sucessão em suas peculiaridades, mais especificamente no que se refere à sucessão legítima e à ordem de vocação hereditária. Em seguida, será feito o exame do tratamento que o Direito Sucessório confere, na legislação brasileira, ao nascituro.

Na sequência, o terceiro capítulo abordará a proteção legal conferida ao nascituro nos dias de hoje, referindo-se aos direitos a alimentos, à adoção e ao direito de receber indenização; dando continuidade, será mostrado o efetivo desamparo legal que o nascituro sofre, de acordo com as atuais normas de Direito das Sucessões, baseadas na teoria natalista. Ao final será mostrado que, de acordo com o direito à vida e os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, presentes na Constituição Federal de 1988, além de algumas decisões jurisprudenciais proferidas pelos tribunais pátrios, a teoria concepcionista seria a mais adequada para a garantia do direito do nascituro na sucessão.

Este trabalho monográfico terá como cerne a problemática gerada pela adoção da teoria natalista pelo ordenamento jurídico brasileiro, tendo como conseqüência o desamparo do nascituro no direito sucessório. Para que essa problematização seja respondida, serão ponderadas algumas hipóteses, sendo a principal delas a que mostra que o próprio Código Civil possui vários artigos que conferem ao nascituro direitos mesmo não sendo o mesmo titular de personalidade, como por exemplo o direito de receber herança por testamento, o direito de ser donatário e o direito de ser reconhecido, constatando-se, então, uma grande contradição dentro da legislação interna no sentido de reconhecê-lo como pessoa humana, por isso, a teoria mais adequada para garantir os direitos deste ser em desenvolvimento seria, notoriamente, a teoria concepcionista.

Buscar-se-á, assim, examinar as teorias que tratam do início da personalidade jurídica, igualmente cotejando o Direito brasileiro e as legislações alienígenas, além de reconhecer o

instituto jurídico da sucessão legítima, dando ênfase à ordem de vocação hereditária e às pessoas que têm legitimidade para suceder. Será, desse modo, considerado o tratamento que o nascituro recebe, mais especificamente no que se refere à garantia e efetividade de seus direitos, e oferecer alternativas para que tais direitos sejam postos em prática, protegendo seus interesses e os de seus herdeiros.

1 SOBRE O NASCITURO

O nascituro é um ser intrigante; na sua condição peculiar, já existe no interregno compreendido entre a concepção e o nascimento, desenvolvendo-se a partir de uma única célula (denominada zigoto) até que, no ápice, é possível qualifica-lo como um ser humano completo, pronto a habitar fora do útero materno.

Este ser tão indefeso tem, igualmente, suscitado grandes discussões no âmbito jurídico, especialmente no que pertine à problemática de se saber se ele é ou não titular de personalidade jurídica e capacidade. A análise da questão requer que se proceda a um breve apanhado sobre o que sejam personalidade e capacidade, o momento em que são adquiridas e, para um melhor entendimento do assunto, que se realize um estudo comparativo hábil a demonstrar a situação do nascituro em algumas legislações estrangeiras.

1.1 A questão da aquisição da personalidade e capacidade

A personalidade é o que define uma pessoa como ser humano, o que lhe permite ser titular de direitos e obrigações e, conseqüentemente, de capacidade. Destarte, é a personalidade que confere à pessoa uma série de direitos, por isso que a questão relacionada ao seu início assume tanta relevância.

O artigo 1º do Código Civil de 2002 diz que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”, outrossim, a real compreensão do alcance desse dispositivo exige a apreensão do conteúdo do termo pessoa. Na antiguidade, mais especificamente na Grécia e em Roma, tal como mostra PUSSI (2008, p. 13), *persona* era uma espécie de máscara que os antigos atores teatrais utilizavam durante a apresentação, a fim de que sua voz ou da personagem fosse reconhecida; em grego a máscara se chamava *prosopa*, tendo sido logo importada pelos romanos, em razão do efeito acústico especial que carregava. Como diz MONTEIRO (2009, p. 63):

A palavra pessoa advém do latim *persona*, emprestada à linguagem teatral na antiguidade romana. Primitivamente, significava máscara. Os atores adaptavam ao rosto uma máscara, provida de disposição especial, destinada a dar eco às suas palavras. *Personare* queria dizer, pois, ecoar, fazer ressoar. A máscara era uma

persona, porque fazia ressoar a voz de uma pessoa. Por curiosa transformação no sentido, o vocábulo passou a significar o papel que cada ator representava e, mais tarde, exprimiu a atuação de cada indivíduo no cenário jurídico. Por fim, completando a evolução, a palavra passou a expressar o próprio indivíduo que representa esses papéis. Nesse sentido é que a empregamos atualmente.

Continua o autor (2009, p. 64) dizendo que a palavra em questão pode ser tomada em três acepções diferentes: a vulgar, a filosófica e a jurídica. Na acepção vulgar, pessoa é o mesmo que ente humano, e esta definição não tem valor para a técnica jurídica. Na acepção filosófica, pessoa é o ente que alcança seu objetivo filosófico e emprega a sua atividade de modo consciente; nesse sentido, pessoa é tanto o homem como qualquer coletividade que preencha este requisito. Na acepção jurídica, pessoa é o ente físico ou moral, susceptível de direitos e obrigações.

No sentido mais comum do termo, para PUSSI (2008, p. 15) pessoa é o homem em suas relações com o mundo ou com ele próprio. A partir de Descartes, ao mesmo tempo em que se enfraquece ou diminui o reconhecimento do caráter substancial da pessoa, acentua-se a sua natureza de relação, especialmente no que diz respeito à relação do homem consigo mesmo, por isso que a expressão pessoa humana é preferível à locução pessoa física, visto que aquela se refere a todos os atributos materiais e espirituais e, inclusive, à própria integridade física.

PUSSI (2008, p. 17-18) ainda apresenta o conceito de pessoa segundo Locke, Hegel e Kant. Para Locke, pessoa é um ser inteligente e pensante que possui razão e reflexão, podendo observar-se em diversos tempos e lugares somente através da consciência, que é inseparável do pensar e essencial a ele; já Hegel entendia por pessoa o sujeito autoconsciente enquanto simples referência a si mesmo na própria individualidade; Kant, por sua vez, afirmava que os seres racionais são chamados de pessoas porque a natureza deles os indica já como fins em si mesmos, algo que não pode ser empregado unicamente como meio, e declarava que a natureza da pessoa, do ponto de vista moral, consiste na relação intersubjetiva que estabelece.

No que se refere à evolução do conceito de pessoa, em seus diferentes sentidos, cumpre avaliar a concepção de São Tomás de Aquino que, sobre as pessoas em geral, afirmava: diferentemente do indivíduo (que por si é indistinto) a pessoa, numa natureza qualquer, significa o que é distinto nessa natureza, assim como na natureza humana significa a carne, os ossos e a alma que são os princípios que individualizam o homem. Como se vê, para ele, pois, mesmo no sentido comum, a pessoa é distinção e relação (SAMANIEGO, 2000).

Diante desta concepção, como afirma PUSSI (2008, p. 23), aos argumentos de razão natural foram acrescentados os conceitos de dignidade da pessoa humana, sempre à luz do

aspecto cristão, ou seja, o homem foi mostrado não somente como a imagem e semelhança de Deus mas, principalmente, como seu filho, redimido por Jesus Cristo, a isto somando-se o fato de que o homem seria a única criatura na Terra que Deus quis por si mesmo.

No aspecto jurídico, PUSSI (2008, p. 26) define pessoa como o ser ou ente coletivo dotado de personalidade civil, que nada mais é do que a aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações. Com efeito, a doutrina entende que pessoa é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sinônimo de sujeito de direito. Para MIRANDA (tomo I, p. 75), sujeito de direito é a pessoa, sendo este apenas o conceito (o universal) com que se alude à possibilidade, no sistema jurídico, de ser sujeito: “pessoa é quem pode ser sujeito de direito: quem põe a máscara para entrar no teatro do mundo jurídico está apto a desempenhar o papel de sujeito de direito”.

O mesmo autor mostra (tomo I, p. 74) que sujeito de direito é o ente que figura ativamente na relação jurídica fundamental ou nas relações jurídicas que são efeitos ulteriores. O ser sujeito, então, seria a titularidade, com ela não se confundindo o exercício do direito, da pretensão, da ação ou da exceção, que pode tocar a outrem, se assim for definido por lei ou por ato jurídico do próprio titular.

PUSSI (2008, p. 27) explica que presente determinado direito, há de existir forçosamente um sujeito que detenha a sua titularidade, o qual pode ser o homem individualmente considerado ou um agrupamento mais ou menos numeroso de homens animados ou inspirados por fins e interesses comuns. Assim é que na ordem jurídica se reconhece a pessoa natural (também chamada de pessoa física), o ente humano; e a pessoa jurídica igualmente denominada pessoa moral ou coletiva, aí incluídos os agrupamentos humanos que possuam fins e interesses comuns.

Para o autor (2008, p. 31) a personalidade, então, é um valor jurídico que se reconhece nos indivíduos e que acaba por materializar-se na capacidade. Dessa forma, a personalidade configura a possibilidade de que alguém seja titular de relações jurídicas; é o pressuposto básico dos direitos e deveres e, de acordo com a legislação pátria, repise-se, a personalidade é a aptidão para se tornar sujeito de direitos e obrigações.

A personalidade, pois, não é direito em si; como afirma MIRANDA (tomo I, p. 73/75), é uma qualidade, equivale a ser capaz de direitos e poder tomar parte nas relações jurídicas como sujeito de direito, daí o conceito de capacidade:

A capacidade de direito é capacidade de ter direitos, a possibilidade de ser titular de direitos. Capacidade de obrar é: a) capacidade de praticar ato-fato jurídico; b) a de praticar atos jurídicos *stricto sensu*; c) a de manifestar vontade que entre no mundo

jurídico como negócio jurídico (capacidade negocial); d) a de praticar atos ilícitos em geral, isto é, a de praticar atos ilícitos relativos e a de praticar atos ilícitos absolutos (capacidade delitual). A capacidade de fato jurídico *stricto sensu* (nascer, atingir a x anos, comer) não é capacidade de obrar; é a capacidade mesma de direito ou de exercício. A capacidade de praticar ato-fato jurídico é uma das espécies da capacidade de obrar: não se exige ao agente mais do que o poder, de fato, praticar o ato, de modo que esse ato entre no mundo jurídico como ato-fato, irradiando-se, pois, os efeitos.

Como se vê, para o autor (tomo I, p. 73), todos os homens têm capacidade de direito: é o princípio da capacidade total de direito no plano do direito privado e não há, no Direito brasileiro, incapacidade de direito por motivo de crença religiosa, convicção filosófica ou política; salvo se a pessoa a invocar para eximir-se da obrigação a todos imposta e recusar-se à prestação alternativa, fixada em lei, pelo qual se afirma que não é essencial à capacidade de direito que a pessoa possa adquirir e conservar quaisquer direitos. Na visão de MONTEIRO (2009, p. 66), capacidade é elemento da personalidade:

Capacidade é aptidão para adquirir direitos e exercer, por si ou por outrem, atos da vida civil. O conjunto desses poderes constitui a personalidade, que, localizando-se ou concretizando-se num ente, forma a pessoa. Assim, capacidade é elemento da personalidade. Esta, projetando-se no campo do direito, é expressa pela ideia de pessoa, ente capaz de direitos e obrigações. Capacidade exprime poderes ou faculdades; personalidade é a resultante desses poderes; pessoa é o ente a quem a ordem jurídica outorga esses poderes.

Sob a ótica de PUSSI (2008, p. 33), os dois conceitos não podem se confundir, pois que a tentativa de igualar personalidade com capacidade de direito já está superada, pelo que poder-se-ia dizer, em termos práticos, que personalidade é o homem jurídico em um estado estático, e capacidade é o homem jurídico no sentido dinâmico. Nesses termos, para ser pessoa basta que o homem exista (nascimento com vida) e, para ser capaz, é crucial que o homem preencha os requisitos necessários para agir por si, como sujeito ativo ou passivo em uma relação jurídica.

Outrossim, cumpre tratar do momento em que a pessoa natural adquire a sua capacidade jurídica. O artigo 2º do Código Civil de 2002 mostra que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. De acordo com o sistema adotado, como mostra GONÇALVES (2008, p. 76), tem-se o nascimento com vida como o marco inicial da personalidade.

MIRANDA (tomo I, p. 75) opina no sentido de que no útero a criança ainda não é pessoa, se não nasce viva, pois, nunca adquiriu ou tornou-se sujeito de direitos, visto que nunca chegou a se pessoa. Todavia, certo é que entre a concepção e o nascimento, o ser vivo

pode achar-se em situação tal que seja necessário aguardar a ocorrência do nascimento para saber se algum direito, pretensão, ação ou exceção lhe seria imputado, pois que na consumação do nascimento, começa a personalidade; nem se exige o rompimento do cordão umbilical, basta que a criança conclua com vida o processo do nascimento. Sobre o assunto, explica PUSSI (2008, p. 37) que:

Verificado o nascimento com vida, ou seja, a entrada de ar nos pulmões, estabeleceu-se a capacidade jurídica do homem. É este, portanto, o marco inicial da capacidade jurídica (...). É bom frisar que, para que ocorra o nascimento com vida, ponto de partida da personalidade, preciso será que a criança se separe completamente do ventre materno. Ainda não terá nascido enquanto permanecer ligada à mãe pelo cordão umbilical. Irrelevante, por outro lado, que a criança tenha nascido a termo ou fora de termo.

É evidente que os dois autores não concordam, então, sobre o exato momento em que a criança começa a ser considerada uma pessoa, porque completamente separada do corpo de sua mãe. No entanto, como a primeira respiração ocorre antes do corte do cordão umbilical, fica evidente que não se faz necessário o cumprimento desta etapa para que o infante seja considerado pessoa pelo ordenamento jurídico. PUSSI (2008, p. 37) continua:

Não basta, contudo, o simples fato do nascimento. É necessário ainda que o recém-nascido haja dado sinais inequívocos de vida, como vagidos e movimentos próprios. Também a respiração, evidenciada pela docimasia hidrostática de Galeno, constitui sinal evidente de que a criança nasceu com vida. Portanto a lei requer, e isto é fundamental, que a criança dê sinais evidentes de vida após o nascimento para que se lhe reconheça personalidade civil e se torne sujeito de direitos, mesmo que falecendo segundos depois.

Nos dizeres de MONTEIRO (2009, p. 67), é de suma importância indagar se a criança apresentou sinais inequívocos de vida, do que podem resultar importantíssimas consequências práticas. Destarte, se o infante é natimorto não chega a adquirir personalidade, não recebe nem transmite direitos; se nasce com vida, ainda que efêmera, recobre-se de personalidade e pode adquirir e transferir direitos.

Deveras não se faz necessário que o recém-nascido apresente feição humana. Com efeito, PUSSI (2008, p. 37) revela que perante o Código Civil pátrio, qualquer criatura que provenha da mulher é ente humano, sejam quais forem as anomalias e deformidades que apresente. Outrossim, sobre o assunto leciona MIRANDA (tomo I, p. 76) que o Código Civil desconhece os monstros (pois quem nasce de mulher é ser humano) e também não cogita do hermafrodita, no tocante à personalidade, pois que a dificuldade ou impossibilidade de

determinação do sexo em nada influencia sobre a afirmação da personalidade, seja no tocante aos direitos civis ou quaisquer direitos cujos titulares podem ser homens e mulheres.

Saliente-se que, dentro do conceito de personalidade e capacidade, é possível, ainda, invocar um novo parâmetro de discernimento, que se denomina capacidade de entendimento. É que desde a década de 1970, a doutrina da capacidade de fato do menor (ao menos no direito alienígena), vem sofrendo grandes modificações, tendo progredido a corrente que prega a necessidade de se observarem outros critérios para a capacidade de fato, além do modelo referente à idade predeterminada (PUSSI, 2008, p. 43-44).

Talvez por isso, a noção genérica de capacidade tenha sido rejeitada pela doutrina, arguindo-se em contrário que a definição de capacidade deve variar de acordo com o contexto. Neste diapasão, a competência (contextualmente dependente) será determinada para tarefas específicas, notadamente com relação à tomada de decisões pela criança ou adolescente. PUSSI (2008, p. 45) mostra o seguinte esquema, que pode ser retirado da legislação pátria:

a) Capacidade genérica: “P” é capaz para qualquer tarefa, se uma idade é alcançada aos 18 anos nos termos da Lei 10.406/02. b) Capacidade específica: “P” é capaz para essa tarefa, se a habilidade para essa tarefa é alcançada. Pode-se, a partir dessas ideias, fazer a distinção entre capacidade negocial e capacidade de entendimento.

A capacidade negocial, portanto, pode ser entendida, assim, como aquela cujos critérios estão fixados em lei, tal como no artigo 5º do Código Civil, que disciplina que a menoridade cessa aos dezoito anos, não se perquirindo o grau de cognição ou entendimento da pessoa natural, pois os critérios aí aplicáveis são objetivos e inflexíveis. Já a capacidade de entendimento, por sua vez, denota o domínio cognitivo e a habilidade decisional, ou de poder avaliar ou julgar. Destarte, esse outro critério leva em conta o elemento crítico da pessoa natural, tendo em vista sua maturidade e educação (PUSSI, 2008, p. 45).

Em se apresentando tais ideias sobre personalidade e capacidade, passa-se ao estudo do nascituro e do seu momento de aquisição da personalidade, pois que a depender da teoria adotada, será o mesmo considerado ou não pessoa, tendo ou não os seus direitos computados no âmbito jurídico.

1.2 Da aquisição da personalidade pelo nascituro

A personalidade jurídica permite que o sujeito adquira, efetivamente, os seus direitos, porém, é mister que se defina o momento em que ela se inicia. Apesar da existência de várias correntes doutrinárias que se posicionam a respeito do assunto, uma coisa é sempre certa: ela se iniciará no que seja considerado o começo da vida. A partir daí, começam as discussões para se saber quando se dá este início; por isso é tão importante o estudo do que ocorre no interregno correspondente ao momento da concepção e do nascimento, ou seja, o exame do período em que o ser é considerado pelo Direito como nascituro.

Consoante escreve SILVA (2002, p. 549), o vocábulo nascituro é derivado do latim *nasciturus*, o particípio passado de *nasci*, que precisamente indica aquele que há de nascer, designando o ente que está gerado ou concebido, tendo existência no ventre materno ou vivendo intrauterinamente; como não nasceu ainda, não teve início sua vida como pessoa. Muito embora o nascituro não tenha ainda vindo ao mundo, por ficção legal é tido como nascido, para que se lhe assegurem os direitos. Sobre isso, atesta RIBEIRO (2011, p. 95) que:

A denominação nascituro, aquele que irá nascer, é originada do verbete latim *nasciturus*, não sendo utilizada pelo ordenamento para designar coisas e animais que irão nascer, mas para conceituar os seres humanos vivos, distintos dos seus pais, que ainda se encontram no útero da mãe.

A autora (2011, p. 96) defende que o nascituro, além de representar o ser humano já concebido (mas que ainda irá nascer) é titular de direitos da personalidade. Assim, a personalidade que lhe é conferida torna-o apto à titularidade de direitos correspondentes, mas não ao exercício de direitos patrimoniais, os quais sujeitam-se ao seu nascimento. Como se nota, é a caracterização do nascituro como ser humano vivo que lhe confere dignidade e, por consequência, a tutela e a garantia de respeito aos direitos da personalidade, inerentes a toda e qualquer pessoa humana. ALMEIDA (*apud* FORLIN, 2007) explica detalhadamente cada termo do conceito:

Com concisão, encerra os elementos essenciais do termo técnico-jurídico a conceituar, embora necessite ser, agora, explicitado: a) é a pessoa – com tais palavras indica, desde logo, a tomada de posição do autor, que também é nossa, no sentido de que o nascituro tem personalidade jurídica desde a concepção (...); b) que está por nascer – diferença específica em relação às pessoas já nascidas, sejam elas capazes, sejam elas relativa ou absolutamente incapazes; c) já concebida – diferença específica em relação à prole eventual (...); d) no ventre materno – essa expressão, utilizada em 1966, (...) excluiria o embrião pré-implantatário, enquanto *in vitro* ou crioconservado, isto é, ainda não implantado no útero da futura mãe.

Nesse diapasão, urge firmar a distinção entre nascituro e prole eventual, pois que esta última se refere aos filhos ainda não concebidos, enquanto o nascituro já foi concebido e ainda não saiu do útero materno, pelo que se pode aderir ao entendimento posto no sentido de que o nascituro já é titular de personalidade jurídica a partir do momento da concepção, tudo de acordo com a teoria concepcionista que será estudada mais adiante.

Para RIBEIRO (2011, p. 97) é notória a dificuldade enfrentada no estabelecimento de um marco para o início da vida (ou da existência do nascituro) entretanto, nos tempos atuais, onde a vida intrauterina é registrada e conhecida através das imagens realizadas pelos modernos equipamentos de ultrassom, não mais se admite negar ao nascituro a condição de pessoa humana. Nesses termos, mesmo os doutrinadores que consideram a existência de personalidade jurídica a partir do nascimento com vida, não se pode esquecer o aforismo jurídico *nasciturus pro jam nato habetur, quoties de ejus commodo agitur*, segundo o qual o nascituro deve ser considerado nascido sempre que seus interesses estiverem em jogo, de modo a que se intente preservá-los.

Com efeito, desde a antiguidade, os direitos do nascituro são discutidos; o rei Davi, na Bíblia, mostra que Deus conhece o nascituro desde a sua concepção, como se extrai do Salmo 139, versículos 13 a 16:

Pois possuíste os meus rins; cobriste-me no ventre de minha mãe. Eu te louvarei, porque de um modo assombroso, e tão maravilhoso fui feito; maravilhosas são as tuas obras, e a minha alma o sabe muito bem. Os meus ossos não te foram encobertos, quando no oculto fui feito, e entretecido nas profundezas da terra. Os teus olhos viram o meu corpo ainda informe; e no teu livro todas estas coisas foram escritas; as quais em continuação foram formadas, quando nem ainda uma delas havia.

Como escreve PUSSI (2008, p. 52-53), na Grécia Antiga os gregos entendiam que o nascituro tinha capacidade jurídica; veja-se que na história de Plutarco, quando Polydecte morreu estando a rainha grávida, Licurgo declarou que se ela tivesse um filho, a este pertenceria a coroa. Outrossim, Hipócrates desenvolveu os primeiros estudos sobre embriologia, comprometendo-se a não dar substância abortiva a uma mulher e, ainda, Licurgo e Sólon pugnavam a que se castigasse o aborto com pena pecuniária.

PUSSI (2008, pp. 53-54) continua, afirmando que, por outro lado, Platão defendia o aborto procedido em razão de necessidade demográfica (questão sujeita a interesses do Estado) e, preocupado com a pureza das raças, defendia o aborto eugênico¹, asseverando que

¹ Aborto eugênico é aquele realizado quando existe importante risco ou probabilidade de que o feto esteja gravemente afetado, dando origem a uma criança com graves anomalias ou malformações (MOTA, 1999).

a procriação deveria ocorrer até os quarenta anos para a mulher e cinquenta anos para os homens.

Do mesmo modo, Aristóteles defendia as práticas abortivas e a exposição do recém-nascido disforme, porém, com relação ao aborto, advertia que somente deveria ocorrer a incriminação se fosse realizado após a aquisição da alma, que, na sua opinião, ocorria quarenta dias após a concepção (no homem) e três meses após esse fato (na mulher). MOORE e PERSAUD (2004, p. 10) mostram os estudos feitos na Grécia Antiga a respeito da embriologia²:

Os sábios gregos fizeram importantes contribuições para a ciência da embriologia. Os primeiros estudos embriológicos registrados estão nos livros de Hipócrates de Cos, o famoso médico grego (cerca de 460-377 a.C.), considerado como o pai da Medicina. A fim de se compreender como o embrião humano se desenvolve, ele recomendou: “Pegue vinte ou mais ovos e os ponha para chocar por duas ou três galinhas. A cada dia, a partir do segundo dia de incubação, retire um ovo, quebre-o e o examine. Você encontrará exatamente como eu digo, pois a natureza da ave pode ser comparada à do homem”. Aristóteles de Estagira (cerca de 384-322 a.C.), filósofo e cientista grego, escreveu um tratado de embriologia no qual ele descreveu o desenvolvimento do pinto e de outros embriões. Aristóteles é reconhecido como o fundador da Embriologia, apesar de ele ter difundido a ideia de que o embrião se desenvolve a partir de uma massa amorfa, descrita por ele como uma “semente pouco misturada com uma alma nutritiva e todas as partes corpóreas”. Este embrião, acreditava ele, surgia do sangue menstrual após ativação pelo sêmen masculino. (grifos do autor).

Da análise procedida sobre a figura do nascituro em face do Direito Romano, se extrai, com PUSSI (2008, p. 56), que alguns autores encontraram sérias divergências nos textos romanos. Para Savigny alguns textos afirmam que o *infans conceptus* não é homem (ser), e sim parte do corpo da própria mulher, outros textos equiparam o nascituro à criança já nascida. Sobre isto, comenta ALMEIDA (*apud* PUSSI, 2008, p. 56) que:

A exata determinação do princípio contido nos últimos textos remove a aparência de uma contradição que exsurge do modo pelo qual são anunciadas as duas regras referidas. Consoante o ilustre romanista, a primeira exprimiria o verdadeiro estado da questão, e a segunda conteria uma simples ficção, sendo aplicável apenas a algumas limitadas relações jurídicas. Assim, quando viesse proposta, em termos gerais, a questão da capacidade jurídica da criança ainda não dada à luz, essa seria decidida negativamente, porque o feto não poderia ter nem propriedade, nem créditos, nem débitos; por ele não ser pessoa que tivesse necessidade e fosse suscetível de ser representada, não poderia nem ter um tutor, nem ser chamado pupilo.

Além disso, afirma PUSSI (2008, p. 67) que, em comparação com os gregos (os quais claramente preferiam as crianças do sexo masculino) os romanos enfeitavam ou afogavam as crianças malformadas e, conforme explicação do próprio Sêneca, esta atitude encontrava

² Ciência que estuda os embriões.

respaldo na necessidade de se separar o que é bom do que não pode servir para nada ou como punição para os filhos de sua filha que cometeu uma falta.

Apesar desta prática, o autor (2008, p. 66) esclarece que, diante da análise dos textos de Ulpiano (contidos no D.37.9.1: *de ventre in possessionem mittendo, et curatore ejus*), é possível afirmar, sobre o nascituro da época justinianéia que:

a) O nascituro é dotado de personalidade, desde a concepção já que, conforme observa concisa e precisamente R. Limongi França, atribuir direitos é atribuir personalidade; b) É expressamente reconhecido o direito a alimentos, desde a concepção, para que nasça vivo. Não se faz depender, inversa e incoerentemente, o direito a alimentos do nascimento com vida; c) Os textos mencionados refirmam a intenção, harmoniosamente reiterada, de proteger o nascituro, mesmo quando há dúvida se será ou não o herdeiro dos bens dos quais entrará na posse. A mencionada proteção concerne expressamente ao direito à vida e ao direito a alimentos – intimamente interligados – sempre visando ao nascimento, não dele dependente; d) O nascimento com vida atua como condição resolutiva para a herança. Se fosse suspensiva a condição “nascimento com vida”, não se justificaria a posse, desde a concepção, dos bens herdados. (grifo do autor).

Outrossim, durante o período medieval, a evolução do tratamento dispensado ao nascituro acompanha, obviamente, o desenvolvimento da ciência que, tal como registram MOORE e PERSAUD (2004, p. 10), deu-se muito lentamente. No Corão, o livro sagrado dos muçulmanos, está escrito que os seres humanos são produzidos a partir de uma mistura de secreções do homem e da mulher e que o organismo resultante se fixa no útero como uma semente, seis dias após o início de seu desenvolvimento.

Os autores (2004, p. 10) citam Constantinus Africanus de Salerno, como autor de um tratado intitulado *De Humana Natura*, no qual descrevera a composição e a sequência do desenvolvimento do embrião em relação aos planetas e a cada mês durante a gestação, elaborando conceitos até então desconhecidos na antiguidade. Entrementes, os investigadores medievais se desviaram muito da teoria de Aristóteles (a que postulava ser o embrião resultante da mistura de sangue menstrual e sêmen) e, por causa da escassez de conhecimento peculiar àquela época, os desenhos dos fetos no útero exibem sempre uma criança pré-formada.

Já na época da Renascença, Leonardo da Vinci fez desenhos precisos de dissecações do útero grávido contendo um feto, introduzindo parâmetros quantitativos na embriologia através da realização de medidas de crescimento pré-natal. MOORE e PERSAUD (2004, p. 10-14), sobre a evolução da embriologia, continuam:

Tem-se afirmado que a revolução embriológica começou com a publicação do livro de Harvey, *De Generatione Animalium*, em 1651. Harvey acreditava que a semente masculina ou esperma, após a entrada no útero, sofria metamorfose, transformando-

se em uma substância semelhante a um ovo, a partir da qual o embrião se desenvolvia. (...) William Harvey (1578-1657) foi grandemente influenciado por um de seus professores na Universidade de Pádua, Fabricius de Aquapendente, um anatomista e embriologista italiano que foi o primeiro a estudar embriões de diferentes espécies. (...) Em 1672, Renier de Graaf observou pequenas câmaras em úteros de coelha e concluiu que elas não podiam ter sido secretadas pelo útero, mas que deviam ter vindo de órgãos que ele chamou ovários. (...) Malpighi, em 1675, estudando o que ele acreditava serem ovos não fecundados de galinha, observou os embriões em estágio inicial. (...) Wolff, em, 1759, (...) propôs o conceito das camadas, pelo qual a divisão do que chamamos de zigoto produz camadas de células (agora denominadas disco embrionário) a partir do qual o embrião se desenvolve.

Ainda na mesma época, de acordo com os mesmos autores (2004, p. 12), Lazaro Spallanzani demonstrou que tanto o óvulo quanto o espermatozoide eram necessários para o desenvolvimento de um novo indivíduo, e Franklin P. Mall coletou embriões para a realização de estudo científico, criando uma coleção de embriões conhecida em todo o mundo. PUSSE (2008, p. 70) comenta que nestes experimentos se incluiu a inseminação artificial em cães, concluindo-se que o espermatozoide era o agente fertilizador que disparava o processo de desenvolvimento.

Destarte, com a sequência das descobertas científicas logo se descobriu que o zigoto contém toda a informação genética necessária para dirigir o desenvolvimento de um novo ser humano. As primeiras observações importantes sobre o cromossomo humano foram realizadas em 1912, quando Von Winiwarter registrou que existiam 47 cromossomos nas células do corpo, porém, uma das descobertas mais importantes na história da reprodução humana é a técnica da fertilização *in vitro*, à qual se deve o nascimento de Louise Brown, o primeiro bebê de proveta do mundo, em 1978 (PUSSE, 2008, p. 71-72).

É importante reconhecer também, como destaca RIBEIRO (2011, pp. 104-106), a distinção estabelecida entre feto, embrião e pré-embrião. A expressão pré-embrião é utilizada com referência à vida humana nos seus primeiros quatorze dias, fase na qual o pré-embrião estaria imune às sensações de dor; porém, sabe-se que esta expressão não tem respaldo científico, sendo o correto, para esta fase, utilizar-se o termo zigoto. Outrossim, a partir do surgimento do sistema nervoso central, o zigoto passa a ser embrião. Por fim, feto é a expressão utilizada para designar o ser vivo, a partir dos seis meses de gestação.

Em se absorvendo a conceituação do nascituro, é possível estudar as diversas teorias já elaboradas sobre a aquisição da personalidade, no centro das quais ele se encontra. As várias posições existentes a respeito, apontadas pelos mais variados autores, podem ser divididas em três correntes principais: a teoria natalista, a teoria da personalidade condicional e a teoria concepcionista.

A primeira teoria (a natalista) é a adotada hoje pelo Código Civil brasileiro; para os seus adeptos, a personalidade jurídica começa a partir do nascimento com vida. Neste sentido, diz RÁO (*apud* PUSSI, 2008, p. 82):

A proteção dispensada ao nascituro, isto é, ao ser concebido, mas ainda não nascido, não importa reconhecimento nem atribuição de personalidade, mas equivale, apenas, a uma situação jurídica de expectativa de pendência, situação que só com o nascimento se aperfeiçoa, ou, então, indica a situação ou fato em virtude do qual certas ações podem ser propostas, ao qual se reportam, retroativamente, os efeitos de determinados atos futuros.

De acordo com essa corrente doutrinária, pois, o nascituro não é titular de personalidade jurídica e, conseqüentemente, não possui direitos, mas somente a expectativa deles. MIRANDA (tomo I, p. 81) afirma que sem sujeitos não há direitos; assim, se a capacidade de direito começa com o nascimento, o nascituro não pode ter direitos, tal como a pessoa jurídica não constituída e a *persona nondum concepta* ou aquela cuja determinação dependa de acontecimento futuro, todavia, a expectativa de direito existe e, como tal pode ser resguardada.

FORLIN (2007, p. 10) esclarece que, para os adeptos dessa teoria, a personalidade civil só começa com o nascimento, quando o feto passa a ter existência própria. Assim, antes disso existe apenas uma expectativa de personalidade, motivo pelo qual a lei resguarda os direitos do nascituro, os quais são exaustivamente enumerados pelo legislador. Com efeito, o nascituro detém expectativa de aquisição de direitos, os quais serão efetivados apenas se o nascituro nascer com vida. Entrementes, não se exige a prova da viabilidade da vida, basta o nascimento com vida, constatado pela separação do corpo da mãe e respiração autônoma, por isso que ao natimorto não se confere aquisição da personalidade, uma vez que não houve respiração.

O início da personalidade, segundo RIBEIRO (2011, p. 81), nas legislações civilistas recebe notória influência do pensamento e ensinamento científico biológico posto acerca do início da vida, pelo que tradicionalmente determinou-se que o início da existência humana ocorre com o nascimento com vida; por esta razão é que a personalidade jurídica seria atribuída somente aos que nascessem com vida e, conseqüentemente, apenas os que nascessem com vida seriam titulares de direitos e obrigações na órbita jurídica civilista:

[...] Fundamentar a teoria de início da personalidade jurídica após o nascimento com vida na ausência de autonomia dos fetos em relação aos fatos da vida é desconhecer a dependência dos recém-nascidos em face de um adulto, em especial, da mãe, principal responsável pela sua alimentação, higiene e equilíbrio emocional. (...) esta dependência do recém-nascido em relação aos adultos e a sua falta de percepção dos fatos da vida cotidiana, além de torna-los pessoas mais vulneráveis aos atos de

terceiros – o que os faz merecer uma proteção ainda maior e mais detalhada –, os atos danosos que os possam atingir têm efeitos ainda mais drásticos e gravosos, devido à sua condição de indivíduos em formação. (RIBEIRO, 2011, p. 82).

A segunda teoria (da personalidade condicional), de acordo com PUSSI (2008, p. 84), é a que reconhece a personalidade desde a concepção, subordinada e vinculada à condição do nascimento com vida, a qual fora adotada por Clóvis Beviláqua no artigo 3º do seu Projeto de Código Civil, que dispunha no sentido de que a personalidade civil do ser humano teria início com a concepção, sob a condição de nascer com vida. Assim, segundo RIBEIRO (2011, p. 87-88):

[...] o nascituro goza de uma personalidade diferenciada, pois fica sujeita a um acontecimento futuro e incerto, o qual é representado juridicamente pelo instituto da condição. Esta condição, no mundo dos fatos, nada mais é que o nascimento com vida. (...) Para os doutrinadores que abraçam esta teoria, há ainda que se definir qual a espécie de condição que caracteriza o nascimento. Em outras palavras, necessário pois, esclarecer se o nascimento importa no reconhecimento da personalidade jurídica ou não, através da sua caracterização enquanto uma condição resolutiva ou suspensiva.

Esta teoria aparenta ser um pouco controversa, pois que, se de um lado se assemelha à natalista (no caso do feto natimorto), por outro, se afina com a concepcionista, (que confere personalidade desde a concepção). Sobre isso, leciona RIBEIRO (2011, p. 88):

Ao se afirmar que o nascimento constitui uma condição resolutiva, admite-se o reconhecimento da personalidade àquele que ainda não nasceu, desde a concepção, devendo ser a mesma extinta caso o seu nascimento não se concretize. Logo, a morte extingue a personalidade jurídica reconhecida ao nascituro, antes mesmo do seu nascimento. Assim, evita-se a abertura de um procedimento sucessório, caso não venha o nascituro nascer com vida; entende-se, por meio de um exercício de ficção legal, que o nascituro jamais existiu. De outro modo, o nascituro não possui personalidade jurídica antes do seu nascimento, caso este seja considerado uma condição suspensiva; assim sendo, somente no caso de o nascituro nascer com vida, os direitos que lhes foram atribuídos são reconhecidos retroativamente, juntamente com a personalidade jurídica.

Conforme PUSSI (2008, p. 87), várias críticas foram direcionadas a esta teoria porque, em sendo considerada como a que mais se aproxima da verdade, deveras apresenta o inconveniente de levar a crer que a personalidade só existirá depois de cumprida a condição do nascimento, quando já se entende que a personalidade já existiria no momento da concepção e que a referida condição do nascimento não se implementa para que a personalidade exista, mas única e especificamente para que se consolide a capacidade jurídica.

Para MIRANDA (tomo I, p. 82), deve ser repelida qualquer noção de condição, pois que não se visualiza condição nas situações jurídicas do nascituro; por exemplo, quando o filho de A nasce morto, o herdeiro é outra pessoa, porque o filho de A não foi herdeiro. Nesse diapasão, não há que se falar em herdeiro ou herança pendente de condição resolutiva, tampouco da incidência de retroatividade ou qualquer efeito de suspensividade aposto ao negócio jurídico do testamento ou criado pela lei que trata da sucessão legítima. Destarte, os bens passaram ao herdeiro legítimo (ou aos herdeiros legítimos) no dia da morte do testador e a falta de criança que nascesse viva, apenas demonstrou a ineficácia da disposição feita pelo testador a favor do concebido.

A terceira teoria é a concepcionista; consoante escreve PUSSI (2008, p. 88), os adeptos desta teoria reconhecem personalidade ao nascituro desde a concepção, considerando-a incondicional, senão com relação a certos direitos. Assim, para tal posicionamento não é justo ou correto que os direitos do nascituro restem sempre condicionados ao nascimento com vida, qualquer condição, pois, deve restringir-se unicamente aos direitos patrimoniais, mas, em hipótese alguma, aos direitos fundamentais da personalidade.

Esta teoria, continua PUSSI (2008, p. 88), sustenta que aceitar a doutrina natalista importa em reconhecer ao nascituro, como dito anteriormente, apenas expectativas de direito. Dessa forma, a aplicação da norma jurídica seria sempre restritiva, pelo que a proteção ao nascituro restaria circunscrita aos casos expressamente previstos em lei, tal como na doação, na sucessão testamentária e na punição ao aborto.

De modo inverso, considerar o nascituro como pessoa impõe a que a norma civilista seja estendida de modo amplo, como regra geral, e FRANÇA (*apud* PUSSI, 2008, p. 88-89), de forma brilhante, apontou os principais argumentos da doutrina natalista, em seguida rebatendo-os em favor da teoria concepcionista:

[...] argumentos em favor dos natalistas:

- 1 – O embrião nem jurídica nem filosoficamente é pessoa;
- 2 – É difícil atribuir capacidade se inexistente pessoa;
- 3 – A teoria oposta encerra o inconveniente de implicar que a simples alegação infundada de gravidez possa modificar o curso das relações jurídicas.

De forma direta, atacou os pontos apresentados pela corrente natalista com os seguintes argumentos:

- 1 – Seria inconcebível supor que em ciência se possa admitir o valor de qualquer alegação infundada e, especificamente no caso de gravidez, a toda e qualquer alegação seria necessária a prova científica a respeito. Ainda, (...) embora a personalidade jurídica somente comece com a concepção, a capacidade só se consolida com o nascimento;
- 2 – (...) a capacidade supõe a personalidade, e esta existe a partir da concepção, isto do ponto de vista filosófico ou jurídico;
- 3 – (...) sob o ponto de vista filosófico e jurídico, o nascituro é pessoa, com os seguintes argumentos: (...) o nascituro é pessoa porque já traz em si o germe de

todas as características do ser racional. A sua imaturidade não é essencialmente diversa da dos recém-nascidos, que nada sabem da vida e também não são capazes de se conduzir. (...) Juridicamente, entram em perplexidade total aqueles que tentam afirmar a impossibilidade de atribuir capacidade ao nascituro “por este não ser pessoa”. (...) Ora, quem diz direitos afirma capacidade. Quem afirma capacidade reconhece personalidade. (grifo do autor).

Nos dizeres de RIBEIRO (2011, p. 90) a vida humana tem início com a concepção; em outras palavras, quando ocorre a fusão dos gametas feminino e masculino, dando origem a uma nova vida distinta da dos pais (e com características genéticas próprias), permite-se aos cientistas pugnam pela existência de um ser distinto daqueles que lhe deram origem e propiciaram a sua formação.

Assim é que o nascimento representa um fato importante na vida dos indivíduos, tal como acontece com as demais fases da existência – como a infância, a adolescência e a velhice – pelas quais passam as pessoas; nesses termos o nascimento não representa um marco para o surgimento da personalidade, apenas mais uma fase do desenvolvimento da pessoa humana.

A apreensão das informações sobre o nascituro (desde o seu *status* de zigoto até o momento em que passa a ter vida própria) e do melhor entendimento posto acerca das distintas teorias que tratam acerca do início de sua personalidade, torna viável o estudo da situação em que se encontra o nascituro perante as diferentes legislações alienígenas, facultando-se a realização de uma posterior comparação com o ordenamento jurídico brasileiro.

1.3 Breve estudo comparativo da situação jurídica do nascituro alienígena

A situação do nascituro perante o Direito é algo peculiar, pois que envolve o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana. Outrossim, é necessário estudar o tratamento que algumas legislações alienígenas conferem ao que está por nascer, para que se adquira melhor compreensão acerca da regência da matéria no Direito pátrio.

Nos dizeres de PUSSI (2008, p. 91) o ordenamento português sofreu forte influência do Direito Justinianeu, dada através do Direito Canônico. O desaparecimento do Império Romano do Ocidente, após a queda de Roma no ano 476 da Era Cristã, fez que o Direito Romano de Justiniano permanecesse como *lex terrena* da Igreja, sendo aplicado sempre que

não viesse a contrariar o Direito Canônico. O Direito espanhol aí exerceu outra grande influência, pois que já trazia a síntese das ideias romanas em língua mais acessível (o castelhano).

No que diz respeito ao nascituro, com relação às Ordenações Afonsinas datadas de 1446, o autor (2008, p. 91) mostra que ficou mantida a tradição romana, no Livro IV, Título LXXXIII que dispõe o seguinte:

Titulo LXXXIII – *Do tetor, ou curador testamenteiro, que lhe dado ao meor em algum testamento*
Estabelecido he per direito, que o Padre, e Avoo podem dar tetor, ou curador em seu testamento a seu filho, ou a seu neto, que estiver em seu poder, em todo caso que for meor de hidade comprida, a saber, de vinte cinco anos. E esto podem tam bem fazer aos filhos nados, como aos que som no ventre de sua Madre. (sic!).

Como se vê, a referência aos filhos que estão no ventre de sua mãe demonstra a permanência da regra do período de Justiniano: *bonorum ventris nomine curatoriem dari oportet*.

As Ordenações Manuelinas, no reinado de Dom Manuel, continuaram contemplando o nascituro, como mostra o Livro III, Título XXVIII ao dispor: “*Item poderá ouvir, e julgar sobre demanda que faça alguma molher que ficasse prenhe, pedindo que a metessem em posse dalguns bens que lhe pertencessem, per razam da criança que teuesse no ventre*” (sic!). O dispositivo trata, como se nota, da posse em nome do nascituro, matéria tratada pelo Código de Processo Civil Brasileiro na Seção XII (PUSSI, 2008, p. 92).

Após as Ordenações Manuelinas, com o reinado de Filipe I vieram as Ordenações Filipinas, que tratavam do nascituro da seguinte forma, conforme consta do *site* <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l3p582.htm>>:

Livro III
 Título XVIII – 7. *E poderá ouvir e julgar sobre demanda que faça alguma mulher que ficasse prenhe, que a mettam em posse de alguns bens, que lhe pertencerem por razão da criança, que tem no ventre.*
 Livro IV – 5. *Ontrosi, se o pai, ou mai ao tempo do testamento não tinha filho legitimo, e depois lhe sobreveio, ou o tinha, e não era disso sabedor, e he vivo ao tempo da morte do pai, ou mai, assi o testamento, como os legados nelle conteúdos são nenhuns e de nenhum vigor.(sic!).*

Com o advento do Código de Seabra de 1867, como expõe RIBEIRO (2011, p. 146-147), o nascituro passou a ser tratado consoante o disposto no artigo 6º, que rezava: “a capacidade jurídica adquire-se pelo nascimento; mas o indivíduo, logo que é procriado, fica debaixo da proteção da lei, e tem-se por nascido para os efeitos declarados no presente Código”. O exame do preceito revela que o legislador da época não utilizava a expressão

personalidade jurídica, como se faz no artigo 66, número 2 do atual Código português, mas empregava o termo capacidade.

PUSSI (2008, p. 93) aponta que o antigo Código português de 1867 exigia, ainda, que estivesse presente o requisito da figura humana para que se considerasse o início da personalidade, mostrando influência do Direito romano e do Direito canônico. Daí se observa claramente que o Código de Seabra adotava os preceitos da Teoria Natalista sobre o início da personalidade.

Ainda sobre o assunto, menciona RIBEIRO (2011, p. 147-148) que, no regime do artigo 66 do atual Código Civil português, perfazendo-se uma interpretação literal, o nascituro não terá reconhecida a personalidade jurídica, na medida em que o dispositivo retrata a necessidade do nascimento para o reconhecimento dos direitos. Todavia, é de ver-se que outros dispositivos do mesmo Código não desconhecem o fato de que o nascituro possui alguns direitos.

Com efeito, a autora (2011, p. 148-149) mostra que, no atual Código Civil português, o artigo 952 estabelece que aos nascituros concebidos ou não concebidos podem ser destinadas doações, sendo considerados filhos de pessoas determinadas; o artigo 1.855 traz a possibilidade de reconhecimento da paternidade do nascituro; o artigo 2.033 admite expressamente que o nascituro é dotado de capacidade sucessória; e por último, o artigo 1.878 atribui aos pais a responsabilidade de representar os filhos, inclusive os nascituros. Assim, diante de todos estes preceitos, forçoso é reconhecer que o disposto no artigo 66 precisa ser interpretado como se estivesse referindo à capacidade e não à personalidade, de modo a se tornar harmônico com os demais artigos.

O Código Civil italiano (datado de 1942)³ diz expressamente, em seu artigo 1º que a capacidade jurídica se adquire no momento do nascimento, e que a ele são subordinados os direitos que a lei reconhece em favor do concebido:

*Art. 1. Capacità giuridica
La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita.
I diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita.*

³ Art. 1. Capacidade jurídica

A capacidade jurídica é adquirida no momento do nascimento.

Os direitos que a lei reconhece a favor do concebido são subordinados ao evento do nascimento. (Tradução livre).

Entrementes, o Código Civil italiano não é a única fonte legal de análise pela qual se averigue a situação em que se encontra o nascituro naquele país, por isso, o Tribunal Constitucional decidiu que a tutela do nascituro tem fundamento no artigo 2º da Constituição italiana que, apesar de não possuir um artigo específico que diga expressamente qual a situação daquele que está por nascer, dá margem à interpretação feita segundo o disposto nos artigos 2º, 11, 13, 22, 30, 31 e 32 (PUSSI, 2008, p. 101). Outrossim, sobre a aparente contradição entre o Código Civil italiano e a Constituição daquele país, CATALANO (*apud* PUSSI, 2008, p. 101) afirma:

Permanece efetivamente no hodierno Código Civil italiano a inversão daquele princípio romano que podemos chamar de “paridade ontológica entre nascituro e nascido”; é evidente que, com base no § 2º do art. 1º, a defesa dos nascituros em paridade com os nascidos não pode referir-se aos casos não contemplados pelas leis. Trata-se, pois, de um direito civil completamente diverso daquele da múltipla rica tradição ibérica. A doutrina jurídica italiana, para a defesa dos nascituros, deve antes recorrer aos princípios fixados na Constituição (art. 32, p. ex., que considera a saúde como *fondamentale diritto dell'individuo*) ou na Declaração Universal dos Direitos do Homem”, ou ainda na “Declaração dos Direitos da Criança” das Nações Unidas. Isto possibilita tanto a formulação do conceito jurídico de *individuo umano* (F. Busnelli) quanto a franca admissão da “*irrilevanza sul piano del Diritto Costituzionale del concetto normativisco o civilistico di persona*”. (grifos do autor).

A suposta controvérsia havida entre o Direito Civil e o Direito Constitucional na Itália encontrava solução, para BUSNELLI (*apud* PUSSI, 2008, p. 101), na dilação da capacidade jurídica, feita de modo a abranger o ser humano a partir da concepção; ademais, a contracção da capacidade jurídica, de forma a não prejudicar os direitos fundamentais da pessoa (vida, saúde, identidade, dignidade) que não se medem com o metro da capacidade jurídica, mas são conaturais à pessoa humana na concepção que recolhe da Constituição italiana seria, por sua vez, uma segunda alternativa.

A sentença da Corte Constitucional italiana número 35 (fevereiro de 1997) diz que a proteção do nascituro tem base constitucional; diante de suas características particulares ele tem seus direitos invioláveis reconhecidos e garantidos pelo artigo 2º da Constituição italiana, como o direito à vida, sujeito a proteção constitucional específica (CORTE COSTITUZIONALE, SENTENZA N. 35, ANNO 1997, REPUBBLICA ITALIANA). O referido artigo da Constituição diz o seguinte: “a República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, seja como indivíduo, seja no seio das formações sociais onde aquele desenvolve sua personalidade, e exige o cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social”.

Para COSTAGLIOLA e NACCIARONE (2011, p. 56), o momento do início da existência, que é o nascimento do indivíduo, coincide com a aquisição do *status* de sujeito de capacidade jurídica, além disso, mesmo que a vida deste sujeito tenha duração de poucos momentos, será suficiente para que ele tenha adquirido direitos de propriedade.

Os direitos do nascituro estão também previstos em outros dispositivos do Código Civil italiano: o artigo 254 mostra que o reconhecimento do filho natural pode ser feito por uma declaração, após a concepção ou o nascimento; o artigo 256 prevê que o reconhecimento de nascituro é irrevogável, ainda que o testamento tenha sido revogado; o artigo 320 adverte que a administração dos bens e a representação do nascituro nos atos da vida civil é feito pelos pais ou pelo que exerce o pátrio poder. Segundo GALGANO (2010, p. 123)⁴:

Alcune norme sembrano far supporre che la capacità giuridica si acquisti in epoca anteriore alla nascita. L'art. 462, comma 1°, equipara ai nati i già concepiti al tempo della apertura della successione, qualificando gli uni e agli altri come (capaci di succedere); per gli artt. 462, comma 3°, e 784 possono ricevere per testamento o per donazione anche i figli già concepiti o non ancora concepiti di persona vivente al momento della morte del testatore o al tempo della donazione; l'art. 320, comma 1°, attribuisce ai genitori la legale rappresentanza dei figli (nati e nascituri) (e in tale qualità essi accettano le donazioni a favore di questi ultimi), aggiungendo che essi (ne amministrano i beni) (che, a questo modo, appaiono qualificati come beni dei nascituri). Tuttavia, l'art. 1, comma 2°, precisa che i diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita. Perciò, al concepito è riservato dall'art. 462, comma 2°, il diritto alla successione del padre che sia morto durante la gestazione della moglie; ma, se la madre abortisce o non partorisce un essere vivo, la riserva a favore del concepito perde ogni efficacia, e i diritti a lui riservati andranno ai successori viventi al momento della apertura della successione.

RIBEIRO (2011, p. 152), por sua vez, entende que a adoção da escola natalista não é manifestada de forma expressa no Código Civil italiano, posto que não afirma ser a personalidade jurídica adquirida no momento do nascimento, mas sim a capacidade jurídica mediante a elaboração de um conceito que, como discutido anteriormente, se distingue do conceito de personalidade.

⁴ Algumas das regras parecem sugerir que a capacidade jurídica é adquirida em época anterior ao nascimento. O artigo 462, parágrafo 1º, equipara ao nascido o já concebido no momento da abertura da sucessão, qualificando tanto um como o outro como capazes de suceder; para os artigos 462, parágrafo 3º e 784, podem receber doação, por testamento, também as crianças já concebidas ou ainda não concebidas, filhas de pessoa vivente no momento da morte do testador ou no momento da doação; o artigo 320, parágrafo 1º, atribui aos pais a representação legal dos filhos, natos e nascituros (e, como tal, aceitar doações e favor do segundo), acrescentando que eles administrem os bens (os quais, desse modo, se qualificam como bens do nascituro). No entanto, o artigo 1º, parágrafo 2º, especifica que os direitos que a lei reconhece em favor dos não nascidos são subordinados ao evento do nascimento. Por isso, ao concebido é reservado pelo artigo 462, parágrafo 2º, o direito de sucessão do pai que morreu durante a gestação da mulher, porém, se a mãe aborta ou não dá à luz um ser vivo, a reserva a favor do concebido perde toda a sua eficácia, e os direitos dos quais este era titular serão reservados para os sucessores com vida no momento da abertura da sucessão. (Tradução livre).

A contribuição do Direito francês, no que se refere ao nascituro, não pode ser olvidada porque, para o ordenamento jurídico daquele país, deve nascer com vida e ser viável para que possa adquirir a personalidade (PUSSI, 2008, p. 107). Com efeito, o artigo 725⁵ do Código Civil francês dispõe que:

“Pour succéder, il faut nécessairement exister à l’instant de l’ouverture de la succession. Ainsi, sont incapables de succéder : 1° Celui qui n’est pas encore conçu ; 2° L’enfant qui n’est pas né viable ; 3° Celui qui est mort civilement. Peut succéder celui dont l’absence est présumée selon l’article 112.”

Seguindo a mesma linha de raciocínio, o artigo 906⁶ estabelece que:

Pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d’être conçu au moment de la donation. Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d’être conçu à l’époque du décès du testateur. Néanmoins, la donation ou le testament n’auront leur effet qu’autant que l’enfant sera né viable.

Por isso, nos dizeres de PUSSI (2008, p. 106), o nascimento com vida e a viabilidade, neste aspecto considerada como maturidade fetal, ou seja, aptidão física mínima para viver, são requisitos básicos impostos pelo Direito francês. Destarte, não pode ser considerado pessoa aquele que não é capaz de viver (diante da prematuridade ou diante da má formação de seus órgãos).

MIRANDA (tomo I, p. 83) entende que o problema de ter nascido com vida, para o ser humano, é *quaestio facti* (que se há de resolver com os recursos da ciência do momento); não é *quaestio iuris*. Nesse diapasão, se nasceu com vida e morreu, adquiriu o ser humano os direitos, pretensões, ações e exceções e lhe foram transmitidos deveres, obrigações e situações passivas nas ações e exceções; transmitindo-se, por sua vez, aqueles e esses se, com a morte, não os perdeu ou não os perdeu durante os minutos que viveu. A questão de se saber se é preciso ter respirado para ter vivido, por sua vez, toma aspecto delicado no caso da criança que, ao sair do útero e antes de respirar, ainda que esteja intacto o cordão umbilical, é assassinada ou sacrificada por imperícia médica.

⁵ Para suceder, a pessoa deve necessariamente existir no momento da abertura da sucessão. Assim, não são capazes de suceder: 1° Aquele que ainda não foi concebido; 2° A criança que não é viável; 3° Aquele que está morto civilmente. Pode suceder aquele cuja ausência é presumida de acordo com o artigo 112. (Código Civil francês. Tradução livre).

⁶ Para ser capaz de receber por ato *inter vivos*, é suficiente estar concebido no momento da doação. Para ser capaz de receber por testamento, é suficiente estar concebido no momento da morte do testador. No entanto, a doação ou o testamento somente terão efeito se a criança nasce com viabilidade. (Código Civil francês. Tradução livre).

Como o nascituro não é dotado de capacidade de exercício, os seus direitos serão exercidos através da mesma pessoa legitimada para exercê-los, tal como se ele fosse nascido. Consoante PUSSI (2008, p. 107), aplicam-se-lhe as mesmas regras quanto à aceitação de doação feita ao menor e que estão expressamente previstas no artigo 935 do Código Civil francês. No entanto, os nascituros possuem (para este ordenamento) o direito de receber doação antes mesmo de serem concebidos, como mostra o artigo 1.082⁷:

Les père et mère, les autres ascendants, les parents collatéraux des époux, et même les étrangers, pourront, par contrat de mariage, disposer de tout ou partie des biens qu'ils laisseront au jour de leur décès, tant au profit desdits époux, qu'au profit des enfants à naître de leur mariage, dans le cas où le donateur survivrait à l'époux donataire.

O artigo supracitado permite ao doador beneficiar, com sua doação, filhos nascidos do casamento, presumindo que estarão inclusos entre estes os ainda não concebidos, caso não haja nenhuma determinação em contrário. Saliente-se, por oportuno, que os nascituros possuem, ainda, o direito de ser beneficiários do seguro de vida, juntamente com o ainda não concebido, de acordo com uma lei de 13 de julho de 1930, relativa a seguros (PUSSI, 2008, p. 108).

É possível afirmar, a partir da observação do Código Civil francês e do antigo Código Civil italiano, que alguns diplomas legislativos exigem, para a aquisição da personalidade jurídica, além do nascimento com vida a viabilidade do ser que acabou de nascer, no entanto, em alguns países, nem mesmo estes dois requisitos, uma vez preenchidos, são o suficiente.

Nos dizeres de RIBEIRO (2011, p. 151), apesar de o requisito da viabilidade não poder ser definido pelo campo jurídico, por se tratar de matéria a ser estudada pelo campo da fisiologia humana, os ordenamentos podem determinar critérios que constatem a viabilidade do ser humano recém-nascido. Nessa esteira, o Código Civil espanhol, além de exigir a viabilidade, elegendo como critério jurídico a vida fora do corpo materno por vinte e quatro horas, condicionou a aquisição da personalidade à verificação de que o recém-nascido apresente forma humana. Destarte, firmam os artigos 29 e 30 do referido Código⁸:

⁷ O pai e a mãe, os outros ascendentes, os parentes colaterais dos cônjuges e até mesmo terceiros podem dispor do todo ou de parte dos bens que deixarão por ocasião da morte, por contrato antenupcial, tanto para o benefício dos citados cônjuges como para o benefício de filhos advindos do casamento, caso o cônjuge doador sobreviva ao cônjuge donatário. (Código Civil francês. Tradução livre).

⁸ Artigo 29 – O nascimento determina a personalidade; mas o concebido se tem por nascido para todos os efeitos que lhe sejam favoráveis, sempre que nascer com as condições que expressa o artigo seguinte.
Artigo 30 – Para os efeitos civis, somente se reputará nascido o feto que tiver figura humana e viver vinte e quatro horas inteiramente desprendido do seio materno. (Código Civil espanhol. Tradução livre).

Artículo 29 – El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente.

Artículo 30 – Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno.

Nesses termos, tem-se que o Direito espanhol adota a teoria natalista como parâmetro de aquisição da personalidade. Outrossim, como escreve PUSSI (2008, p. 119), o Código não deixa de agasalhar o direito do nascituro de receber por doação, cuja aceitação é transferida àquele que o representaria na hipótese de já ter nascido, nos exatos termos do artigo 627 do mencionado Código. Além disso, o artigo 959 do mesmo diploma mantém disposição no sentido de que, acreditando a viúva que esteja grávida, deverá comunicar a gravidez a todos que tenham direito à herança e que, efetivamente, sofrerão diminuição no patrimônio com o nascimento do futuro herdeiro.

A Constituição espanhola, no entanto, estabelece, em seu artigo 15 que “todos têm direito à vida e à integridade física e moral, sem que, em nenhum caso, possam ser submetidos à tortura nem a penas ou tratamentos subumanos ou degradantes” (Constituição espanhola. Tradução livre). Nos dizeres de CONDE (2006, p. 376) a problemática principal deste preceito se refere ao início do direito à vida, onde se pleiteia a questão fundamental de se saber se a Constituição espanhola, dada a redação do artigo 15, permite ou não a legalização do aborto.

Diante dos dispositivos legais mencionados, é possível observar uma aparente contradição entre os artigos 29 e 30 do Código Civil espanhol e a Constituição do país, porque ao passo que o primeiro exclui do conceito de personalidade jurídica aqueles que não se encaixam nos padrões exigidos, o artigo 15 da Constituição dá o direito à vida a todos os seres humanos, não importando suas características fisiológicas.

Aos olhos de BUJALANCE (2010), sinalizando-se o nascimento como determinante da personalidade, se produzem diversos efeitos entrelaçados que podem induzir ao erro. Na fórmula se confundem os termos capacidade e personalidade, e a redação do preceito do Código Civil pode levar ao entendimento de que se estabelece um conceito de pessoa que exclui o ser ainda não nascido, o que nasceu mas não alcançou as vinte e quatro horas de vida independente ou, ainda, o que não preenche os requisitos do artigo 30.

Outrossim, o autor aponta como solução o fato de que a personalidade tratada pelos supracitados artigos é a personalidade jurídico-civil (não a personalidade jurídica em sua acepção mais ampla) e não a capacidade, que constitui outra categoria, o que se deve ao

evento da Convenção dos Direitos da Criança das Nações Unidas de 1987, que veio a modificar a situação jurídica do ordenamento espanhol.

O ordenamento jurídico argentino confere ao nascituro tratamento bastante diferente dos estudados até agora. É importante ressaltar, como diz PUSSI (2008, p. 114), que o Código Civil argentino foi notoriamente influenciado pelo projeto do jurista brasileiro Teixeira de Freitas, sendo possível identificar artigos do mencionado código como correspondentes a artigos do projeto. No que se refere ao nascituro, diversos artigos mostram que o nascituro, naquele país, é considerado pessoa desde o momento de sua concepção, dentre eles⁹:

Artículo 63 – Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno.

Artículo 64 – Tiene lugar la representación de las personas por nacer, siempre que estas hubieren de adquirir bienes por donación o herencia.

Artículo 70 – Desde la concepción en el seno materno comienza a existencia de las personas y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre.

O que se vislumbra, então, claramente, é que o ordenamento jurídico argentino adota a teoria concepcionista de aquisição da personalidade. A situação do nascituro neste país está subordinada a uma condição resolutiva, enquanto que nos demais ordenamentos alienígenas estudados a condição do ser concebido está subordinada a um evento suspensivo (PUSSI, 2008, p. 116).

De acordo com COSTA, as pessoas por nascer não são pessoas futuras, pois já existem no ventre da mãe. Se fossem pessoas futuras não haveria sujeito para representar; mas se os que ainda não nasceram não são pessoas, por que as leis penais castigam o aborto premeditado? E do mesmo modo, por que não é possível que uma mulher grávida execute uma pena?

A Constituição argentina não faz referência expressa ao direito à vida. Segundo ZIULU (1997, p. 277), apesar disso não cabe dúvida alguma sobre a acolhida constitucional desse direito como sendo implícito, em virtude do artigo 33 da Lei Maior argentina que diz: “as declarações, direitos e garantias que enumera a Constituição, não serão entendidos como

⁹ Artigo 63 – São pessoas por nascer as que, não havendo nascido, estão concebidas no seio materno.

Artigo 64 – Tem lugar a representação das pessoas por nascer, sempre que estas adquirirem bens por doação ou herança.

Artigo 70 – Desde a concepção no seio materno começa a existência das pessoas e antes de seu nascimento podem adquirir alguns direitos, como se já houvessem nascido. Estes direitos estarão irrevogavelmente reconhecidos se os concebidos no seio materno nascerem com vida, ainda que seja por instantes depois de estarem separados de suas mães. (Código Civil argentino. Tradução livre).

negação de outros direitos e garantias não enumerados; mas que nascem do princípio da soberania do povo e da forma republicana de governo”.

De tudo se depreende, pois, que nas legislações analisadas, a doutrina mais difundida é a natalista, todavia, esse fato não demonstra que esta seja a teoria mais adequada, pois o que deve ser levado em consideração neste assunto não é a predominância desta ou daquela teoria, mas a necessidade de que se adote a que se revele mais consentânea com os princípios do direito que conferem igualdade e dignidade a todos.

2 A SUCESSÃO NO BRASIL

O nascituro está situado em posição delicada, tendo os seus direitos dependentes da teoria de aquisição da personalidade adotada; para que seja possível discutir a sua posição no ramo do Direito Sucessório, é necessário analisar a sucessão.

Nesse diapasão, será feita uma análise histórica sobre o instituto da sucessão, desde a concepção tida pelos povos mais primitivos, seguida de um estudo sobre as suas peculiaridades, mostrando quem são aqueles que têm o direito de suceder. Ademais, logo após esta exposição, será feita uma análise da posição ocupada pelo nascituro perante o Direito Sucessório brasileiro.

2.1 O direito de suceder

O instituto da sucessão é um dos mais antigos da história, sendo decorrência natural do direito de propriedade; a partir do surgimento da propriedade privada, houve a necessidade de determinar quem seria o detentor da mesma e da posse, quando o proprietário viesse a falecer. Nos dias de hoje é aceito naturalmente pela sociedade que a herança deve passar aos parentes mais próximos, bem como àqueles nomeados em testamento, se houver, mas nem sempre foi assim.

O vocábulo sucessão, de acordo com FERREIRA (1986, p. 1624), significa a “transmissão do patrimônio de um finado a seus herdeiros e legatários”. Para GONÇALVES (2011, p. 20):

O vocábulo é empregado em sentido estrito, para designar tão somente a decorrente da morte de alguém, ou seja, a sucessão *causa mortis*. O referido ramo do direito disciplina a transmissão do patrimônio, ou seja, do ativo e do passivo do *de cujus* ou autor da herança e seus sucessores.

VENOSA (2011, p. 1) diz, com muita propriedade, que o Direito das Sucessões é direito hereditário, que se distingue do sentido lato da palavra sucessão e se aplica também à sucessão entre vivos.

Para que este instituto seja mais claramente compreendido, é necessário buscar suas origens, que remontam aos tempos mais remotos da humanidade. Para MENDES e GARCIA (2006), “a evolução histórica do Direito Sucessório vem acontecendo desde o aparecimento dos povos primitivos, representado por crenças religiosas, pois é com base na religião que a humanidade primitiva vivia”. Com efeito, a sucessão já estava prevista tanto no Código de Hamurabi como no Código de Manu.

Este último (do século XI a.C.) continha 115 artigos que abordavam temas sobre família e sucessões e assinalava a importância e o privilégio do filho mais velho, que devia ser o titular de todo o patrimônio deixado pelos pais e tutor de seus irmãos menores. Diz o Código de Manu, no artigo 538:

Artigo 538º. O representante, filho da viúva e do irmão mais novo, não pode substituir ao herdeiro principal, que é o irmão mais velho falecido, relativamente ao direito de receber uma porção separada sobre a herança, além da parte simples; o herdeiro principal se tornou pai em consequência da procriação de um filho por seu jovem irmão; esse filho só deve receber, segundo a lei, uma porção igual a seu tio e não uma porção dupla. (CÓDIGO DE MANU, LIVRO VIII).

Segundo COULANGES (2006, p. 33-38), na Antiguidade Clássica estabeleceu-se uma verdadeira religião da morte, o que estava total e completamente relacionado ao instituto da sucessão na época. A casa do grego ou do romano abrigava um altar e, sobre esse altar, deveria haver sempre um pouco de cinza e carvões acesos, perfazendo-se obrigação sagrada para o chefe de cada casa manter aceso o fogo, dia e noite. Destarte, ao deus fogo era oferecido tudo o que os antigos julgavam agradável a um deus: flores, incenso, frutos, vinho. Outrossim, este culto não estava restrito aos povos gregos e itálicos, mas também se realizava no Oriente:

As leis de Manu, na redação que chegou até nós, mostram-nos a religião de Brama completamente estabelecida, e entrando já em declínio; mas elas guardam vestígios e restos de uma religião mais antiga, a do fogo, que o culto de Brama havia relegado a segundo plano, sem conseguir destruí-lo. O brâmane tem o seu lar, que deve manter aceso dia e noite; cada dia e cada noite ele o alimenta com lenha.

COULANGES (2006, p. 53-54) ensina que esta religião só podia ser praticada pelos membros da família e, nestes termos, a admissão de um estranho ao interior do lar, onde se encontrava o fogo sagrado, era considerada um sacrilégio. Era, pois, uma religião puramente doméstica e o pai era o único que tinha o poder de ensiná-la, não podendo fazê-lo senão ao filho. Os ritos, fórmulas e até mesmo as palavras proferidas durante as orações eram secretos, nunca podendo ser revelados a alguém que não pertencesse ao seio familiar e a mulher não

tomava a mesma parte que o homem durante o culto, dele participando por intermédio do pai ou do marido. O falecimento de qualquer destes não lhe dava o direito de desempenhar a liderança do culto, assim se revelando a peculiaridade deste remoto período da história: a religião somente se propagava de varão para varão:

Esta religião não podia propagar-se senão pela geração. O pai, ao dar a vida ao filho, dava-lhe ao mesmo tempo sua fé, seu culto, o direito de manter o fogo sagrado, de oferecer o banquete fúnebre, de pronunciar fórmulas de orações. A gestação estabelecia misterioso vínculo entre a criança que nascia para a vida e todos os deuses da família. (...) A criança, portanto, ao nascer, recebia o direito de adorá-los, e de oferecer-lhes sacrifícios, assim como, mais tarde, quando a morte, por sua vez, o divinizasse, ele devia ser contado entre os deuses da família.

COULANGES (2006, p. 66-67) mostra que a consideração devida à mulher somente era usufruída após a sua iniciação formal na família, que ocorria no advento dos ritos do casamento, quando se desvinculava completamente da família de seu pai, renunciando ao parentesco de origem, para ingressar na família do marido. É interessante notar que seu *status* no seio familiar conjugal assemelhava-se ao dos filhos, pois o marido liderava e, por isso também, não se admitia a adoração conjunta dos deuses de duas famílias.

As leis da sucessão, destarte, eram completamente regidas pela ideia da adoração aos antepassados familiares; prestar-lhes culto era um privilégio que somente podia ser exercido pelos seus descendentes, sendo o filho (sobrevinda a morte do pai) o herdeiro de tudo e o responsável por manter a paz dos antepassados através do oferecimento de sacrifícios. Assim, “o filho nascido de mulher que não se havia unido ao esposo pela cerimônia do casamento, não podia tomar parte no culto. Não tinha direito de oferecer o banquete fúnebre, e a família não se perpetuava por ele. (...) não tinha direito à herança” (COULANGES, 2006, p. 73).

Nesse diapasão, em sendo a religião doméstica de cunho hereditário, transmitida de varão para varão, o mesmo acontecia com a propriedade; o filho (continuação natural e obrigatória do culto) também é herdeiro necessário dos bens, por isso não tinha direito de aceitar ou de recusar a herança que lhe cabia, mesmo com obrigações e dívidas (COULANGES, 2006, p. 105-106).

O autor (2006, p. 78) diz ainda que a perpetuação da família requeria a existência de um filho homem, por isso que as famílias sem filhos precisavam recorrer ao instituto da adoção, sob pena de serem extintas e, tal como se acreditava na época, ver-se as almas de seus membros vagando pela Terra por toda a eternidade, sem descanso. É de se observar, então, que a adoção era relativamente comum na época, e “[...] não tinha outra razão de ser além da necessidade de evitar a extinção do culto, seguia-se daí que não era permitida senão a quem não tinha filhos”. Assim:

O filho não será mais considerado pela família se renunciar ao culto, ou for emancipado; o filho adotivo, pelo contrário, será considerado filho verdadeiro, porque, se não possui vínculos de sangue, tem algo melhor, que é a comunhão do culto; o legatário que se negar a adotar o culto dessa família não terá o direito à sucessão; enfim, o parentesco e o direito à herança serão regulamentados, não pelo nascimento, mas pelos direitos de participação no culto, de acordo com o que a religião estabeleceu (COULANGES, 2006, p. 58-59).

Esta é a razão pela qual o filho ilegítimo, nascido de mulher que não a legítima esposa, jamais teria o direito de herdar, pois não havia sido iniciado no culto familiar através do casamento de sua mãe e não tinha o direito de perpetuar a família (COULANGES, 2006, p. 73). Porém, é de ver-se que, como diz o autor (2006, p. 117-118), o filho adotivo nem sempre o era por sua própria vontade, então, se mais tarde manifestasse o desejo de voltar à sua família original teria de renunciar à herança da família adotante (desde que a sua saída não causasse a extinção da família e do culto) por vezes, exigindo-se que deixasse um herdeiro em seu lugar.

As filhas mulheres não poderiam herdar, pelo simples fato de que, atingindo a idade núbil, romperiam com o parentesco consanguíneo. Como se vê, para os antigos a base da família não era o afeto natural, mas a religião, que igualmente regia o instituto da sucessão (em lugar das relações de parentesco) para os habitantes da Grécia e da Roma antigas.

Mais tarde, com o advento da Lei das XII Tábuas, a situação começou a se modificar, pois que a referida lei já dispunha sobre sucessão legítima. Para CRETELLA JÚNIOR (2007, P. 262), dois princípios regulavam o assunto: “[...] a) Se alguém morre sem testamento e sem deixar herdeiro seu, que o agnato mais próximo tenha a sucessão. b) Se não tem agnato, que os *gentiles* tenham a sucessão”. (grifo do autor). (CRETELLA JÚNIOR, 2007, p. 262).

De acordo com o autor supracitado (2007, p. 262-263) ali se firmavam três ordens ou grupos de herdeiros legítimos: os *heredes sui*, que são os herdeiros de primeiro grau, pessoas livres submetidas à *potestas* do pater (filhos e filhas, mulher *in manu*, netos e netas, nascidos do filho morto ou emancipado); os *agnati proximi*, aqueles que receberão a herança em caso de não haver herdeiros de primeiro grau (sem distinção de sexos); e os *gentiles*, aqueles chamados a herdar se não houvesse *heredes sui* nem *agnati proximi*. Consoante se observa, há uma evolução significativa do direito sucessório com a Lei das XII Tábuas, com a mulher passando a figurar no rol de possíveis herdeiros.

A evolução da sociedade romana e a modificação da estrutura familiar, por sua vez, impôs a necessária adaptação do ordenamento então vigente, procedida no sentido de conferir relevância ao parentesco sanguíneo. CRETELLA JÚNIOR (2007, p. 263) mostra que “a

intervenção do pretor se faz sentir de maneira decisiva no progresso do direito romano, passando-se agora a chamar à sucessão pessoas que o *jus civile* excluía, mas que eram membros da família e que tinham direito à herança”, pelo que se nota que a herança pretoriana, denominada *bonorum possessio*, passa a se impor, juntamente com a herança civil. Para o autor (2007, p. 263):

O *bonorum possessor* ou sucessor pretoriano toma a iniciativa diante do magistrado, expõe sua situação e pretensões, terminando por fazer a petição da herança. O magistrado podia ou conceder imediatamente a *bonorum possessio*, caso o requerente preenchesse os requisitos exigidos pelo édito, ou pedir informações caso o direito do requerente não fosse claro à primeira vista. O prazo para o pedido era de um ano para os descendentes e ascendentes, de cem dias para outras pessoas. (p. 263).

Se, no entanto, houvesse um choque entre um herdeiro civil e um herdeiro pretoriano, o herdeiro civil (a princípio) é quem teria direito, pois a função do pretor era confirmar o *jus civile*; pouco mais adiante já se percebe que ao herdeiro pretoriano se permite fazer valer seus direitos, mesmo quando em conflito com os do herdeiro civil. O sistema jurídico imperial também trouxe importantes mudanças ao direito sucessório através, principalmente, da atuação de dois senatosconsultos do segundo século, Tertuliano e Orfitiano, onde o primeiro confere à mãe um direito de sucessão relativamente aos filhos, e o segundo chama à sucessão da mãe, antes de qualquer agnato, os filhos (CRETELLA JÚNIOR, 2007, p. 264).

Com Justiniano e as Novelas 118 e 127, fundiram-se num único corpo os elementos civis antigos (pretorianos e imperiais) fazendo reviver uma antiga regra: “o testador é obrigado a deixar a seus parentes mais próximos uma parte intocável e determinada, em lei, que recebe o nome de legítima. Limita-se pois, a liberdade de testar, princípio que deita raízes nos séculos anteriores”. Nesse diapasão, os herdeiros se dividem em ordens: a primeira, de descendentes; a segunda, de ascendentes; a terceira, de colaterais privilegiados (irmãos e irmãs germanos); e a quarta, de colaterais ordinários. (CRETELLA JÚNIOR, 2011, p. 265).

De acordo com HIRONAKA (2007, p. 22), já no período medieval o direito costumeiro francês instituiu, através da jurisprudência do burgo parisiense, uma regra de proteção aos servos em relação ao arbítrio do senhor feudal (que determinava a devolução a si dos bens deixados por um servo morto, devendo os sucessores proceder ao pagamento de determinada quantia, como forma de reaver os bens), pela qual se determinava que os haveres do servo morto se transferissem direta e imediatamente a seus herdeiros: era o princípio da *saisine*.

A autora (2007, p. 22) afirma, ainda, que no Brasil colonial, as ordenações reinóis vigentes utilizavam-se da antiga regra romana segundo a qual os bens do morto eram deferidos aos herdeiros da classe dos *sui heredes*, independentemente de iniciativa destes. Entretanto, se não houvesse herdeiros desta classe, algumas formalidades se faziam necessárias (como a declaração de abertura da sucessão, com a consequente permanência em estado de jacência), até que os herdeiros da classe mais privilegiada viessem a aceitar a herança.

MIRANDA (*apud* GONÇALVES, 2011, p. 39) afirma que foi o Alvará de 9 de novembro de 1754 (seguido do Assento de 1786) que introduziu no direito luso-brasileiro a transmissão automática dos direitos que compõem o patrimônio da herança, aos sucessores (legítimos ou não) com toda a propriedade, a posse, os direitos reais e os pessoais, donde o que era propriedade e posse do *de cujus* passa a ser propriedade e posse do sucessor ou dos sucessores, dividindo-se em partes iguais.

Como se vê, o Código Civil de 1916 distinguiu, na sucessão dos descendentes, o filho legítimo do natural e do adotivo, além disso, os filhos incestuosos e adulterinos não podiam ser reconhecidos (conforme o artigo 358), não sendo permitido, deveras, chama-los à sucessão:

O Código Civil de 1916 destinava ainda, um capítulo à legitimação, como um dos efeitos do casamento. Cujas finalidade principal era atribuir aos filhos havidos anteriormente os mesmos direitos e qualificações dos filhos legítimos, como se houvessem sido concebidos após as núpcias, com fulcro no artigo 352 do referido dispositivo acima mencionado “Os filhos legitimados são, em tudo, equiparados aos legítimos”. (grifo da autora). (TAVARES, 2009).

Destarte, como regra geral aplicável à sucessão, o legislador equiparava aos filhos legítimos os legitimados e os naturais reconhecidos antes do casamento, sendo a legitimação um dos efeitos do casamento. Porém, o filho natural reconhecido após o casamento de seu progenitor somente tinha direito à metade da herança a que tinha direito seu irmão legítimo ou legitimado, tal como rezava o artigo 1.605, parágrafo 1º do CC/16. A finalidade da legitimação, pois, era fazer com que o filho legitimado fosse tratado como se houvesse sido concebido após o casamento (TAVARES, 2009).

Nota-se, então, que a trajetória do Direito Sucessório através da história acompanhou a evolução da sociedade; desde o início (na antiguidade) quando se pensava que a sucessão era principalmente uma forma de não permitir a extinção do culto aos deuses domésticos, até a atualidade, quando se entende que ela está intrinsecamente ligada ao direito de propriedade e, inclusive, à ordem do Estado.

2.2 A sucessão em suas peculiaridades

Como se sabe, a sucessão ocorre somente após a morte do *de cuius*; as relações jurídicas firmadas pelo titular dos direitos, destarte, permanecem mesmo após a sua morte. É essencial, pois, estudar as peculiaridades desse instituto que normatiza o destino dado ao patrimônio após o evento da morte.

Para VENOSA (2011, p. 4), “a ideia de sucessão por causa da morte não aflora unicamente no interesse privado: o Estado também tem o maior interesse de que um patrimônio não reste sem titular, o que lhe traria um ônus a mais”. Segundo o mesmo autor, resguardando o direito à sucessão, o Estado está igualmente protegendo a própria família e a economia, visto que, para o indivíduo, trabalhar sabendo que o produto de seu labor não transmitir-se-ia a seus descendentes seria assaz penoso.

Segundo escreve GONÇALVES (2011, p. 32), a herança é um somatório no qual estão incluídos os bens e dívidas, os créditos e os débitos, os direitos e as obrigações, as pretensões e ações que propusera o falecido ou que contra ele foram propostas. Assim é que a herança compreende o ativo e o passivo, razão pela qual VENOSA (2011, p. 4) afirma que “o Direito das Sucessões disciplina, portanto, a projeção das situações jurídicas existentes, no momento da morte, da desapareição física da pessoa, a seus sucessores. A primeira ideia (...) é de que a herança (...) transfere-se dentro da família”.

O termo herança, de acordo com VENOSA (2011, p. 6-7), é exclusivo do Direito Sucessório. Ele entra no conceito de patrimônio do *de cuius*, podendo-se definir patrimônio como o conjunto dos direitos reais e obrigacionais (ativos e passivos) pertencentes a uma pessoa; a herança é o patrimônio da pessoa falecida e o patrimônio, assim, contém bens materiais ou imateriais, mas sempre coisas avaliáveis economicamente.

HIRONAKA (2007, p. 23) continua o raciocínio, salientando que pelo princípio da *saisine* (anteriormente mencionado) a lei considera, no momento da morte, que o autor da herança transmite o seu patrimônio de forma íntegra a seus herdeiros, pelo que não se pode falar, então, em herança de pessoa viva:

Não há que falar em herança de pessoa viva, embora possa ocorrer a abertura da sucessão do ausente, presumindo-se-lhe a morte (CC, arts. 26 e s.). Destarte, constituem-se pressupostos da sucessão: a) que o *de cuius* tenha falecido: b) que lhe sobreviva herdeiro. Se o autor da herança estiver vivo, não haverá sucessão (*viventis nulla hereditatis*). A morte civil (*ficta mors*), admitida no direito romano, não subsiste no direito moderno. Abre-se a sucessão somente com o óbito, real ou

presumido. (...) A morte a que se refere o legislador é a morte natural. Não importa o motivo que a tenha determinado. (GONÇALVES, 2011, p. 33).

Durante o período em que a herança tem existência, o patrimônio hereditário possui o caráter de indiviso, como consequência da universalidade que é. Desse modo, cada herdeiro se comporta como se fosse um condômino da herança (VENOSA, 2011, p. 7). Já o momento de transmissão da herança é o mesmo em que ocorre a morte, destarte, a transmissão não se dá por vontade dos herdeiros. Como observa HIRONAKA (2007, p. 25):

Não se faz necessário nenhum ato do herdeiro para que lhe seja deferida a herança no momento exato em que se abre a sucessão. Morto o autor da herança, esta se transfere de pleno direito e imediatamente aos herdeiros legais ou instituídos, ainda que estes não tenham sequer tomado conhecimento da morte ocorrida, e ainda que dela não venham a saber, por sobrevir ao herdeiro morte posterior.

É importante advertir que a morte, a abertura da sucessão e a transmissão da herança ocorrem em um único momento. Os herdeiros tornam-se donos da herança ainda que não saibam do falecimento do autor da sucessão, ou que a herança lhes foi transmitida (GONÇALVES, 2011, p. 35-36), por isso é importante a fixação do exato momento em que ocorreu a morte:

Para que haja sucessão é necessário que o herdeiro sobreviva ao hereditando. Há casos, no entanto, em que ambos falecem em condições que impossibilitam precisar qual deles morreu primeiro e se ocorreu ou não a sobrevivência do herdeiro. Essas hipóteses de morte simultânea recebem a denominação de comoriência, disciplinada no artigo 8º do Código Civil.

Com efeito, reza o supracitado artigo que se dois ou mais indivíduos falecem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros, será presumido que morreram simultaneamente, ou seja, no mesmo instante, porém, importante é apontar que se duas pessoas morrem durante um acidente, somente interessa saber qual delas morreu primeiro se herdavam entre si, caso contrário, não há interesse jurídico no fato.

Nesse diapasão, o principal efeito da presunção de morte simultânea é que, não havendo tempo ou oportunidade para a transferência dos bens entre os comorientes, um não chega a herdar do outro. Outrossim, de acordo com PEREIRA (2008, p. 23-24), por ocasião da morte exsurtem três questionamentos, pelos quais se afere em relação a quando, onde, sobre e a quem se transmite a herança:

1. O momento é o da própria morte, (...) o que, em observação de ordem prática, impõe a fixação do dia e da hora do óbito. (...) Com a morte, ocorre a delação da herança, no sentido de que é oferecida a quem possa adquiri-la.

2. O lugar é o último domicílio do falecido, ainda que o óbito se dê em localidade diversa, ou que os bens sejam sítos em outro lugar. (...) Se não coincidirem residência e domicílio, prevalece este último. (...) Se o *de cujus* tiver mais de um domicílio, não se podendo determinar qual deles é o último, considera-se aberta a sucessão no lugar do óbito. Se este ocorrer em local diverso, qualquer dos domicílios pode ser considerado lugar de abertura da sucessão.

No que se refere aos destinatários da herança, sabe-se que há dois tipos de sucessão: a sucessão legítima e a testamentária, de acordo com o artigo 1.786 do Código Civil: “a sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade”. A sucessão legítima, também chamada de *ab intestato*, sempre foi a mais difundida no Brasil, pois, como ensina GONÇALVES (2011, p. 42) a escassez de testamentos entre nós é devida a razões de ordem cultural ou costumeira, bem como ao fato de o legislador brasileiro ter disciplinado muito bem acerca da sucessão *ab intestato*, chamando a suceder exatamente aquelas pessoas que o *de cujus* elencaria se, na ausência de regras, tivesse de elaborar testamento.

Sobre isso, HIRONAKA (2007, p. 33-34) comenta que “[...] poucos são os que, possuindo herdeiros necessários, testam relativamente à parte disponível, sem prejudicar, com isso, os descendentes, os ascendentes ou o cônjuge ou convivente supérstite”. A autora opina no sentido de que o brasileiro, em geral, não gosta de falar a respeito da morte (sua circunstância é ainda bastante mistificada e resguardada), como se isso servisse para afastar maus fluidos ou agouros. Talvez por isso não se fale sobre a compra antecipada de um túmulo ou na feitura de seguro de vida, do mesmo modo não se difundindo a questão da doação de órgãos após a morte (como fala o dito popular: isso traz azar).

Nesses termos, a sucessão legítima ocorre quando não há testamento ou quando o mesmo não pode ser cumprido. Outrossim, na hipótese de não haver nenhum herdeiro necessário, a sucessão poderá ser inteiramente testamentária, no entanto, havendo herdeiros e se o titular da herança tem a intenção de deixá-la a terceiros, sabe-se que somente poderá dispor de cinquenta por cento do total de seu patrimônio, tal como subscreve o artigo 1.789 do Código Civil “havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança”.

Segundo PEREIRA (2008, p. 28), o fato de o legislador brasileiro ter optado por conciliar a liberdade de testar e o instituto dos herdeiros necessários funda-se em que, de um lado, a ordem jurídica reconhece ao *dominus* o direito de dispor sobre seus próprios bens (consecutório natural do direito de propriedade) e, de outro lado, o Direito pretende assegurar a certos herdeiros proteção contra as influências da idade, das afeições mal dirigidas e até das paixões impuras que porventura assaltem o disponente na quadra avançada de sua vida.

Nesses termos, apreende-se que, mesmo se houver testamento, a sucessão no Brasil será, concomitantemente, legítima e testamentária, pois como dito, somente haverá sucessão puramente testamentária se o testador não tiver nenhum herdeiro necessário. Entrementes, observa-se que em algumas ocasiões o testamento perde a sua validade, se revelar-se incompleto, caduco, nulo ou rompido. Acerca disto, esclarece HIRONAKA (2007, p. 45-46/47-49):

Testamento incompleto é aquele em que não se acha compreendido todo o acervo hereditário do *de cuius*. (...) Nessa hipótese, seguirá, esse ou esses bens, o destino da legítima, sendo a esta acrescida a fim de ser partilhada pelos herdeiros necessários, havendo os desta espécie. (...) A caducidade testamentária pode ser definida (...) como a invalidade que decorre de pré-morte do herdeiro ou da inexistência de bens para formarem a herança. (...) Pode ocorrer de o testamento, embora existente, perder sua validade por sobrevir ao testador descendente sucessível ou se o autor desconhecer, à época da feitura do instrumento que continha sua última vontade, a existência de outros herdeiros necessários. Chama-se a isto rompimento do testamento. (...) Como qualquer outro negócio jurídico, o testamento poderá ser inquinado de tais vícios, relativamente ao seu plano de validade, que impeçam definitivamente a produção dos efeitos pretendidos pelo testador, decorrentes de sua derradeira declaração de vontade. (...) Estes vícios poderão ter tal gravidade atentatória à ordem pública que a privação da eficácia do testamento resultará de uma declaração de invalidade absoluta, produzindo efeitos *ex tunc*; esta é a hipótese de nulidade do testamento, ou, como se convencionou dizer, de nulidade absoluta do testamento. Mas pode ocorrer que menos graves sejam tais vícios, de modo a produzirem uma nulidade apenas relativa, ou anulabilidade, sanção que imporá efeitos *ex nunc*. (...) Havendo invalidação da totalidade do testamento, todo o patrimônio seguirá o destino legal. Se, porém, invalidadas forem apenas algumas das cláusulas (...) há de se verificar da possibilidade de substituição do herdeiro ou legatário ou da possibilidade de se fazer efetivo o direito de acrescer eventualmente existente. Se nada for possível, será a quota-parte ou o bem compreendido na cláusula anulada deferido segundo a ordem de vocação hereditária.

Nesse diapasão, se o testamento for considerado inválido os bens seguirão o destino legal pelo qual a sucessão legítima constitui um freio ao poder de dispor por ato de última vontade. Saliente-se, por oportuno, que há, ainda, outras classificações, a saber: sucessão a título universal e a título singular; sucessão contratual; sucessão irregular. Com efeito, a sucessão é a título universal quando o herdeiro é chamado a suceder na totalidade da herança, em fração ou porcentagem dela, podendo incidir tanto na legítima como na sucessão testamentária (GONÇALVES, 2011, p. 44).

A sucessão é a título singular quando o testador deixa ao beneficiário um bem certo e determinado que se denomina legado, um veículo ou um imóvel, por exemplo. É de ver-se que o direito brasileiro não admite a sucessão contratual, pela impossibilidade de existência dos pactos sucessórios, uma vez que herança de pessoa viva não pode ser objeto de contrato (GONÇALVES, 2011, p. 45). A respeito disso VENOSA (2011, p. 50) afirma:

Ninguém pode dispor sobre herança de pessoa viva. Esse é o princípio geral exposto no artigo 426: “Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva. A proibição é da tradição do Direito romano. Não pode a transmissão hereditária ter origem contratual. O Direito romano condenava tanto o contrato que tinha por objeto a própria herança como aquele que objetivava a herança de terceiro. A principal razão da proibição era de que, com o pacto vedado, poder-se-ia derrogar a ordem de vocação hereditária. (...) Também, os pactos sucessórios violariam as regras do direito das sucessões, com interferência do contrato nas disposições exclusivas de herança. Tais contratos, portanto, constituiriam uma especulação sobre a morte de uma pessoa, contrariando a moral e os bons costumes (...). Tanto que eram denominados *pacta corvina*.”

A sucessão é anômala ou irregular quando for disciplinada por normas peculiares e próprias, com inobservância do artigo 1.829 elaborado para reger a sucessão legítima (GONÇALVES, 2011, p. 46).

A hipótese de sucessão legítima (mais comum no Brasil) chama a suceder os herdeiros necessários, requerendo o preenchimento de alguns requisitos para que possa concretizar-se. Destarte, para suceder é necessário que haja legitimidade passiva; segundo GONÇALVES (2011, p. 68) esta é a regra, sendo a ilegitimidade a exceção; assim, todas as pessoas têm legitimação para suceder, exceto aquelas afastadas pela lei, tal como inscreve o Código Civil, em seu artigo 1.798: “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

Com fulcro neste dispositivo, VENOSA (2011, p. 48) argumenta que são necessários três requisitos para que uma pessoa seja considerada herdeira: deve existir (estar vivo ou restar concebido na época da morte), ter aptidão específica para aquela herança e não ser considerado indigno. Veja-se:

O primeiro aspecto é o fato de estar vivo quando da morte do autor da herança. (...) A ideia central é que o herdeiro exista na hora da morte. (...) Cumpre lembrar que as pessoas jurídicas também são sujeitos de direitos e, portanto, também têm capacidade sucessória passiva. É evidente que a pessoa jurídica só pode ser aquinhoadada por testamento. (...) Outro requisito é a aptidão específica para determinada herança. A aptidão específica para determinado ato jurídico se denomina legitimação (...). Não basta existir quando da morte: é necessário que a pessoa esteja legitimada para aquela herança determinada. Assim, existindo descendentes, por exemplo, os ascendentes não podem ser herdeiros, por lhes faltar a devida legitimação. (...) O terceiro requisito é que não pode o pretendente à herança ser considerado indigno.

O mesmo autor (2011, p. 57) argumenta que a vocação hereditária nasce do parentesco ou da vontade (neste último caso se referindo à sucessão testamentária), pressupondo uma relação de afeto, consideração e solidariedade entre o autor da herança e o sucessor. No entanto, se o sucessor, chamado pela ordem de vocação hereditária, pratica atos indignos

dessa condição de afeto e solidariedade humana, contra aquele que lhe vai deixar herança, torne-se indigno de recebê-la.

Consoante ensina PEREIRA (2008, p. 39-43), o fundamento ético da indignidade é o de impedir que alguém venha extrair vantagem do patrimônio de pessoa a quem ofendeu, isso repugna à ordem jurídica, constituindo motivo hábil a prevenir e punir o ilícito do herdeiro. Assim, tanto os herdeiros legítimos como os testamentários são atingidos, porém a decretação da indignidade não é automática, requerendo a propositura de Ação Declaratória de Indignidade a ser procedida somente depois da abertura da sucessão, pois não há que se falar em sucessão enquanto o hereditando viver.

Conforme se disse alhures, falecendo a pessoa *ab intestato*, a lei determina a sequência segundo a qual serão chamados os herdeiros a suceder, observando-se a citada ordem de vocação hereditária estabelecida no artigo 1.829 do Código Civil, que preceitua:

Artigo 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (artigo 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III – ao cônjuge sobrevivente;

IV – aos colaterais.

A exegese do artigo permite inferir que a regra geral estabelecida pelo ordenamento jurídico é que os mais próximos excluem os mais distantes, ou seja, havendo descendentes do falecido, os ascendentes não serão chamados e assim por diante (VENOSA, 2011, p. 116). Como se vê, a ordem de vocação hereditária consubstancia a distribuição dos herdeiros em classes preferenciais, conjugando as duas ideias, a de grau e a de ordem (PEREIRA, 2008, p. 88).

Com efeito, o parentesco está relacionado a três ordens ou classes, sendo estas a consanguinidade, a afinidade e as relações puramente civis. A primeira traduz a relação de parentesco que vincula os descendentes de um mesmo tronco ancestral; a afinidade é a relação de parentesco que aproxima um cônjuge ou um companheiro dos parentes do outro; já o parentesco civil é aquele resultante da adoção, e que, pelos ditames do Código Civil, atribui direitos sucessórios (PEREIRA, 2008, p. 89).

De acordo com VENOSA (2011, p. 118), a chamada dos herdeiros é sucessiva e excludente, isto é, os ascendentes são chamados na ausência de descendentes; o cônjuge sobrevivente, de forma isolada, somente é chamado na ausência de ascendentes, e assim por diante, por isso que a regra geral na sucessão legítima preleciona: existindo herdeiros de uma

classe, as classes subsequentes ficam afastadas, revelando que a ordem de vocação hereditária é preferencial. Nesse diapasão, pode-se apontar três importantes modificações impostas ao sistema anterior pelo Código Civil de 2002, quais sejam:

a) a retirada do Estado do rol de herdeiros legítimos, uma vez que não adquire, *mortis causa* e pelo princípio da *saisine*, os bens da herança, como sucede com os herdeiros legítimos e testamentários, somente os recolhendo depois de verificado o estado de jacência da herança e de sua conversão em patrimônio vago; b) a colocação do cônjuge no elenco dos herdeiros necessários, concorrendo com os herdeiros das outras ordens de vocação para suceder, como já referido; c) a ausência de previsão do benefício do direito real de usufruto em favor do cônjuge sobrevivente, como consequência da aludida concorrência com os demais herdeiros destinada à aquisição de direito mais amplo sobre uma parte do acervo, que é o direito de propriedade, malgrado a manutenção do direito real de habitação sobre a residência familiar, limitado ao fato de ser este o único bem com tal destinação (GONÇALVES, 2011, p. 159-160).

Isso é assim porque a legislação, estabelecendo a ordem de vocação hereditária, funda-se na vontade presumida do falecido e, nesse norte, os descendentes são o primeiro grupo chamado a herdar, pois o senso comum da sociedade dita que o amor do falecido era, certamente, mais forte em relação àqueles que constituíam o fruto de seu afeto pelo outro genitor e, tão somente na falta absoluta de descendentes, é que os ascendentes são chamados a herdar; na ausência de energias novas e vigorosas, continuadoras por excelência da vida agora ceifada, é que se buscaria gerações anteriores à do morto (GONÇALVES, 2011, p. 161).

De acordo com o artigo 1.834 do Código Civil “os descendentes da mesma classe têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes”. A redação, apesar de imperfeita (pois que obviamente todos os descendentes são da mesma classe), tenta corrigir o erro cometido pelo Código Civil de 1916, no qual se diferenciava os filhos de acordo com a sua procedência (advindos do casamento ou fora dele), donde os filhos ilegítimos não tinham os mesmos direitos sucessórios que os legítimos.

Para HIRONAKA (2007, p. 242), a edição do artigo 1.834 tem como escopo garantir os mesmos direitos sucessórios aos descendentes do *de cujus*, seja qual for a relação existente entre os seus genitores e VENOSA (2011, p. 121) acrescenta que, à medida em que a sociedade brasileira foi despidendo-se dos preconceitos e atentando mais para a realidade social decorrente da inescandível origem histórica pátria, exsurgiram leis e princípios tendentes a minimizar a situação de inferioridade e a distinção imposta pejorativamente quanto à origem das proles. Hoje, segundo GONÇALVES (2011, p. 166):

Todos são apenas filhos, uns havidos fora do casamento, outros em sua constância, mas com iguais direitos e qualificações. O princípio da igualdade dos filhos é reiterado no artigo 1.596 do Código Civil, que enfatiza : “Os filhos, havidos ou não

da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Em suma: em face da atual Constituição Federal (artigo 227, parágrafo 6º), do Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 20) e do Código Civil de 2002 (artigo 1.596), não mais subsistem as desigualdades entre filhos consanguíneos e adotivos, legítimos e ilegítimos, que constavam dos artigos 377 e 1.605 e parágrafos [...] do Código Civil de 1916. Hoje, todos herdam em igualdade de condições [...]. Mesmo os adotados pelo sistema do diploma revogado (adoção restrita) preferem aos ascendentes. O mesmo sucede com os filhos consanguíneos havidos fora do casamento, desde que reconhecidos.

É perceptível, assim, que pelo Código Civil atual todos os filhos herdam em igualdade de condições, em ordem de precedência relativamente aos ascendentes. É que a sociedade brasileira finalmente abriu os olhos para as injustiças cometidas anteriormente e compreendeu que, independentemente da forma como foram concebidos, os filhos não podem ficar desamparados.

O Código Civil introduziu outra importante modificação à ordem de vocação hereditária, incluindo o cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário, para que concorra com os descendentes e ascendentes. Então o cônjuge permanece em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, mas passa a concorrer em igualdade de condições com os descendentes do falecido, salvo quando já tenha direito à meação em face do regime de bens do casamento. Se não há descendentes, o cônjuge supérstite concorre com os ascendentes e, enquanto herdeiro necessário, tem igual direito à legítima (como os descendentes e ascendentes do autor da herança) ressalvadas as hipóteses de indignidade e deserdação. (GONÇALVES, 2011, p. 168).

De acordo com HIRONAKA (2007, p. 243), a sucessão se dá por cabeça, ou seja, os filhos (primeiros a serem chamados à sucessão do morto) sucedem sempre por cabeça, na medida em que se torna impossível representar terceiro na sucessão de seus pais, já que inexistem parentes intermediários. Os demais descendentes herdarão por cabeça ou por estirpe¹⁰, dependendo de concorrerem com outros descendentes de mesmo grau.

Outrossim, caso todos os filhos já tenham falecido e deixando filhos (netos do finado) estes receberão quotas iguais, por direito próprio, operando-se a sucessão por cabeça, pois que encontram-se todos no mesmo grau. Essas quotas chamam-se avoengas, por serem

¹⁰ Sucessão por cabeça - ocorre quando todos os herdeiros são do mesmo grau. Cada herdeiro do mesmo grau corresponde uma quota igual na herança. A herança é dividida entre todos os herdeiros aos quais é deferida. Sucessão por estirpe - concorrem, na sucessão, descendentes que tenham com o de cujus graus de parentesco diferentes, ou quando a partilha, em vez de se fazer igualmente entre pessoas, faz-se entre certos grupos de descendentes, grupos constituídos pelos descendentes do herdeiro do grau mais próximo. A sucessão por estirpe dá-se na linha reta descendente, excepcionalmente, na linha transversal, mas nunca na linha reta ascendente. Disponível em: <http://www.genealogiacorrea.com.br/p_sucessao_por_estirpe.htm>.

transmitidas diretamente do avô para os netos, os quais serão excluídos se não houver filho pré-morto (GONÇALVES, 2011, p. 163).

Esta transmissão direta do avô para os netos recebe algumas críticas, tal como no exemplo em que um homem tinha dois filhos, o primeiro teve somente um filho e o segundo teve cinco filhos; os dois pré-morrem ao pai e, então, quando o avô falecer os netos herdarão partes iguais. Destarte, consoante a divisão, os cinco netos, provenientes do segundo filho, terão seus quinhões hereditários aumentados em relação ao único neto proveniente do primeiro filho. Como se nota, a herança que deveria ter sido dividida em duas partes iguais (uma para cada filho) é partilhada de modo diferente em relação aos netos. Entretanto, quando a lei estabelece uma herança necessária, limitando o poder de testar do testador, se coloca no meio-termo:

Permite sempre o testamento, mas restringe o alcance quando há qualquer herdeiro na linha descendente ou, em sua falta, na linha ascendente. A plena liberdade de testar fica para quando os herdeiros já estão mais distantes na linha de parentesco, quando então a lei presume que diminuem os vínculos afetivos. (VENOSA, 2011, p. 159).

Para HIRONAKA (2007, p. 260) “herdeiros necessários são aqueles que não podem ser afastados da sucessão pela simples vontade do sucedido”. Nesses termos, apenas quando se caracterize a ingratidão por parte de seu herdeiro necessário poderá o autor da herança afastá-lo e, ainda assim, apenas se tal fato estiver previsto em lei como autorizador de tão drástica consequência.

O artigo 1.845 do CC/02 mostra que os herdeiros necessários são os descendentes, os ascendentes e o cônjuge, isto é, todo parente em linha reta não excluído da sucessão por indignidade ou deserdação. Entrementes, o cônjuge nem sempre esteve presente nesta lista; a inclusão do cônjuge no rol dos herdeiros necessários constitui uma das mais relevantes inovações trazidas pelo Código Civil. O projeto de Clóvis Beviláqua para o Código de 1916 já previa acerca de tal inclusão, no anseio de proteger o consorte sobrevivente e seguindo uma tendência que já se observava em outros países, todavia, a referida iniciativa não foi aprovada, recebendo acolhimento tão somente pelo Código Civil de 2002 (GONÇALVES, 2011, p. 205).

Em se reportando à legítima, tem-se, com HIRONAKA (2007, p. 273), que se consubstancia na porção da herança que o testador não pode dispor porque, pela lei, está reservada aos herdeiros necessários e tem como atributos ser fixa (não obstante ser maior ou menor o número de herdeiros que concorrerão na vocação, a quota-parte reservada é sempre a

metade dos bens) e sagrada, no sentido de que não pode, sob pretexto algum, ser desfalcada ou reduzida pelo testador. Nesses termos, é calculada de acordo com o artigo 1.847 do Código Civil, a partir do valor atribuído aos bens existentes na abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas do funeral e adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos à colação. Consoante explica GONÇALVES (2011, p. 208):

O patrimônio líquido é dividido em duas metades, correspondendo, uma delas, à legítima, e a outra, à quota disponível. Ambas, em princípio, têm o mesmo valor. O da primeira, no entanto, pode eventualmente superar o da segunda se o testador tiver feito doações aos seus descendentes, as quais devem vir à colação. Essa tem por fim conferir e igualar a legítima dos herdeiros necessários. (...) Em resumo, falecido o autor da herança, pagas as suas dívidas e as despesas do funeral, divide-se o patrimônio em duas partes iguais. Uma delas constitui a quota disponível. À outra adicionam-se o valor das doações recebidas do *de cujus* pelos seus descendentes, e que estes não tenham sido dispensados de conferir, e ter-se-á a legítima dos herdeiros necessários.

Como se vê, uma mesma pessoa pode ser concomitantemente herdeiro necessário e testamentário se o autor da herança, por exemplo, tendo deixado a legítima para os filhos, firmar testamento conferindo a um único filho a outra metade de seus bens, o que pode, perfeitamente, acontecer porque a pessoa é livre para dispor de metade de sua quota de bens da maneira que bem lhe aprouver, destinando-a a um estranho ou um herdeiro necessário e tolher sua vontade equivale a uma afronta, desde que se origina no grau de afeição que denota por cada herdeiro.

2.3 O tratamento dado ao direito sucessório do nascituro

Tendo em vista os principais aspectos do instituto da sucessão, bem como sua evolução histórica, cabe analisar o direito sucessório conferido ao nascituro que, como herdeiro, está situado em posição bastante peculiar no ordenamento jurídico brasileiro.

O artigo 1.798 do Código Civil, já mencionado, diz o seguinte: “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”. Nos dizeres de HIRONAKA (2007, p. 92) a lei, ao dizer que legitimam-se a suceder, não faz distinção entre a sucessão legítima e a testamentária. Destarte, tanto podem ser herdeiros legítimos ou testamentários os indivíduos nascidos no exato momento da abertura da sucessão como os concebidos, é dizer, os nascituros.

HIRONAKA (2007, p. 93) adverte que a Medicina Legal faz distinção entre o que seja feto, feto nascente e recém-nascido. Com efeito, se entende que o estado de feto compreende a fase que vai da concepção até a saída do embrião do aparelho reprodutor feminino; o feto nascente se consubstancia no interregno que compreende o início da expulsão fetal e alcança o momento em que se estabelece a vida autônoma; por recém nascido tem-se o indivíduo que venceu a etapa do nascimento, adquirindo vida autônoma e revelando o funcionamento perfeito de seu sistema respiratório.

Nota-se, então, que somente o recém-nascido adquire a vida de que trata o artigo 2º do Código Civil de 2002. Nesse diapasão, se o feto ou o feto nascente perecerem, não se poderá afirmar que tenham adquirido personalidade jurídica, pelo que se configura a sua inaptidão para herdar, como se nunca tivessem existido em face do ordenamento jurídico. É de ver-se, pois, que na condição de pessoas concebidas, das quais fala o texto legal, estão apenas o feto e o feto nascente, ressaltando HIRONAKA (2007, p. 93):

Morto o *de cujus* no exato momento em que se encontrava em trabalho de parto a mãe de seu filho, ou mesmo se morta a mãe durante o trabalho de parto, adquirirá o nascituro (feto nascente) direito à herança, sob a condição de que sobreviva ao parto, “mecanismo fisiológico” pelo qual o produto da concepção, tendo alcançado o adequado grau de desenvolvimento, suficiente para vida autônoma, é eliminado do útero materno. Também o feto terá seus direitos resguardados até o momento em que sobreviva ao parto (idem, p. 93).

Do exposto, forçoso é reconhecer que a regra geral segundo a qual só têm legitimação para suceder as pessoas nascidas por ocasião da abertura da sucessão encontra exceção no caso do nascituro, pois, de acordo com o sistema adotado pelo Código Civil acerca do começo da personalidade natural, tem-se o nascimento com vida como marco inicial da personalidade, respeitando-se, porém, os direitos do nascituro desde a concepção (GONÇALVES, 2011, p. 69).

É importante ressaltar que os nascituros podem ser herdeiros legítimos e também herdeiros testamentários, mas a eficácia da vocação, obviamente, dependerá do nascimento com vida, cuja probabilidade, de antemão, faculta ao ordenamento jurídico antecipar-se na salvaguarda dos seus direitos sucessórios, a exemplo do que ocorre na sucessão testamentária prevista no artigo 1.799 do CC/02, que reza: “na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão”, pelo que se protege a chamada prole eventual, composta dos possíveis filhos de pessoas nominadas pelo testador. É como mostra GONÇALVES (2011, p. 71):

O inciso I abre exceção à regra geral ao permitir que os filhos não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, e vivas ao abrir-se a sucessão, venham a recolher a herança. Refere-se à prole eventual do anterior Código Civil. Os contemplados, verdadeiramente, “são os próprios filhos, que poderão ser concebidos e nascer”. A deixa não é feita em favor das pessoas indicadas pelo testador, passando, com a morte destas, a seus filhos, o que seria substituição fideicomissária. O testador como que dá um salto, passando por cima dos genitores, contemplando os filhos que estes tiverem, e se tiverem.

Nestes casos, não se trata de nascituros, senão dos assim chamados concepturos (seres ainda não concebidos) e a lei deixa bem claro que somente os filhos ainda não concebidos têm o direito de assim herdar, colocando termo final sobre qualquer polêmica: é preciso que os concepturos sejam filhos, e não quaisquer outros descendentes.

A partir dessa essencial distinção, é possível voltar ao tratamento conferido ao nascituro. Tal como já mencionado no capítulo anterior, o ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria natalista no que se refere à personalidade jurídica do nascituro, a qual preconiza que o mesmo somente adquire a sua personalidade jurídica após o nascimento com vida e não possui, destarte, direitos propriamente ditos, apenas mera expectativa de direitos. Como afirma PUSSI (2008, p. 82): “desta postura extrai-se que não se trata de salvaguardar os direitos naturais e reais, mas, de verdadeira expectativa, que em direitos subjetivos se transformará se o concebido vier a adquirir vitalidade”.

A concepção é provada por presunção, mas o problema reside na prova de legitimidade ou ilegitimidade da filiação. A concepção há de ser provada com o auxílio da Medicina Legal, verificando-se, em princípio, a simultaneidade de existência entre o herdeiro concebido e o autor da sucessão; o problema exsurge, pois, na sucessão do avô ou da avó, tendo o pai ou mãe do nascituro renunciado à herança, quando o feto será chamado a suceder apenas se restar comprovado que fora concebido antes da morte de seu ancestral (HIRONAKA, 2007, p. 94).

Calcular a data provável da concepção, por vezes, é tarefa das mais difíceis. De outra banda, faz-se oportuno averiguar sobre a natureza jurídica da sucessão que se opera em favor do nascituro, pois, como ensina HIRONAKA (2007, p. 94):

[...] ou seja, cabe verificar se o herdeiro não nascido tem seu direito sucessório preservado, protelando-se a aquisição da herança para o momento em que se verifique o nascimento com vida, hipótese em que a aquisição estará subordinada a uma condição suspensiva, ou se, ao contrário, adquire o nascituro a herança no exato momento da morte do *de cujus*, aquisição essa que se resolve, *ex tunc*, como se não se tivesse verificado, na hipótese de o herdeiro não nascer (aborto) ou nascer sem vida (natimorto), devolvendo-se os bens aos demais herdeiros do primeiro falecido, retroativamente à data de seu falecimento.

Segundo PAIVA (2003) é interessante saber se, com o falecimento do autor da herança, o nascituro herda de imediato, juntamente com os outros herdeiros necessários, somente pelo fato de estar concebido, recebendo a propriedade e a posse da herança. O autor se antecipa comentando que a redação do artigo 2º do Código Civil veda essa possibilidade, porque apenas reclama a salvaguarda do direito do nascituro para o caso de que nasça com vida.

Como é cediço, sobrevivendo a morte do autor da herança procede-se à abertura do inventário, ou seja, inicia-se o processo judicial tendente à relação, descrição, avaliação e liquidação de todos os bens pertencentes ao *de cujus* ao tempo de sua morte, para que sejam distribuídos entre seus sucessores. É o processo no qual se descrevem e avaliam os bens da pessoa falecida e se partilha entre os seus sucessores o que sobra, depois de pagos os impostos, as despesas judiciais e as dívidas passivas reconhecidas pelos herdeiros (GONÇALVES, 2011, p. 481).

Tal como leciona VENOSA (2011, p. 395), uma vez concluído o inventário ou arrolamento, seguir-se-á à partilha dos bens; pois nesta fase já existe o quadro completo do monte, acervo ou patrimônio sucessório. A partilha constitui, assim, a divisão do espólio entre os sucessores do falecido; é uma operação jurídica por meio da qual se confere uma quota exclusiva e concreta aos que possuem em comum uma sucessão e na mesma têm apenas uma quota ideal (GONÇALVES, 2011, p. 552).

Os bens que, por alguma razão, não tiverem sido partilhados durante o processo do inventário ficarão sujeitos à sobrepilha, que é uma complementação da partilha destinada a suprimir-lhes as omissões, especialmente as decorrentes da descoberta de outros bens. Como prescreve o Código de Processo Civil, em seu artigo 1.040, inciso II “devem ser sobrepilhados os bens da herança que se descobrirem depois da partilha” e, nos dizeres de PAIVA (2003):

Aberto o inventário, havendo capacidade sucessória de nascituro, sua legítima deverá ser preservada aguardando o nascimento com vida; se isto não ocorrer, os bens reservados irão para o monte; se o inventário terminar antes do seu nascimento com vida, e esta inexistir, far-se-á a respectiva sobrepilha. (PAIVA, 2003).

HIRONAKA (2007, p. 95) expressa opinião idêntica, afirmando que se apenas concebida a pessoa que deve herdar, estar-se-á diante da excepcional hipótese da capacidade sucessória do nascituro, a qual lhe permite adquirir, desde logo (e enquanto nascituro), a propriedade e a posse da herança, como se já fosse nato, desde o momento da abertura da

sucessão. Entrementes, é de se considerar que, para que se concretize a transmissão dos bens, é preciso que aquela criatura concebida nasça com vida, adquirindo a personalidade jurídica, pois o natimorto será considerado como inexistente e não mais se falará em direito sucessório, resolvendo-se a aquisição que a lei tinha como efetivada.

Como se observa, a problemática reside, justamente, na hipótese de o nascituro, por qualquer razão que seja, tornar-se natimorto, pois que todos os seus direitos, dantes resguardados, serão como se nunca tivessem existido, o que significa dizer que o nascituro, em sua condição presente, não recebe amparo legal concreto no que se refere ao seu direito sucessório.

3 O NASCITURO NA SUCESSÃO

O nascituro, como se pode deduzir, é o ser que existe do período em que ocorre a concepção até o evento do nascimento com vida. Existem três teorias majoritárias que discutem a sua aquisição de personalidade e capacidade, quais sejam, a natalista, a da personalidade condicional e a concepcionista. O Código Civil, em seu artigo 2º, adota claramente a teoria natalista.

O direito sucessório do nascituro, entretanto, se mostra como algo controverso e, para que seja melhor compreendido, é importante fazer um estudo sobre alguns dos direitos que o nascituro tem, efetivamente, salvaguardados, para só então discutir sobre a questão do problema causado pela teoria natalista no que se refere aos direitos sucessórios. Aí se torna possível analisar uma alternativa para a solução do problema, que seria a adoção da teoria concepcionista.

3.1 Da proteção legal conferida ao nascituro no Brasil

O nascituro, como visto nos capítulos anteriores, possui alguns direitos salvaguardados; certamente, dependendo da teoria acerca da personalidade jurídica a ser adotada, estes serão apenas expectativas de direitos, tornando-se direitos efetivos a partir do momento em que ocorrer o nascimento com vida.

Para RIBEIRO (2011, p. 108-109), inegavelmente, os nascituros apresentam características que os distinguem das pessoas já nascidas, entretanto, estas marcas que o tornam um ser peculiar não podem constituir o fundamento para que lhes sejam negados a personalidade e os direitos que a esta se associam. É cediço que bastante limitado é o relacionamento do nascituro com o meio externo, ficando quase que restrito ao contato com a mãe, através da qual recebe a influência do meio social.

Por isso, para a autora (2011, p. 109-110) alguns direitos já são reconhecidos aos nascituros por diversas leis brasileiras e estrangeiras, sobretudo direitos de conteúdo patrimonial, como o direito de receber heranças e doações, acrescidos do direito a um curador

que zele por seus interesses, entretanto, não se pode olvidar que muitos outros direitos ainda precisam ser reconhecidos ao nascituro.

Para que se possa falar em defesa dos direitos do nascituro, é necessário que este último tenha legitimidade. ZAINAGHI (2007, p. 66) diz que a legitimidade do nascituro, quanto aos seus direitos, é permitida sempre que se almejar o seu interesse. A autora diz (2007, p. 68) que a legitimidade é conferida pelo direito material, que determina quem são as partes envolvidas no litígio, e conseqüentemente, quem poderá propor demanda, bem como em face de quem a mesma será interposta.

O nascituro, diz ainda a autora supracitada (2007, p. 70) no tocante à legitimidade, será representado em juízo por sua mãe ou pai ou, ainda, por um curador especialmente designado para isso. Dessa forma, ele será representado em juízo por aquele que detiver o poder familiar ou, por determinação legal, por um curador e, continuando (2011, p. 71), mostra que há ainda o Ministério Público:

Não se pode olvidar também do direito de ser representado pelo Ministério Público. Essa representação se dá não somente pelo disposto no artigo 82 do Código de Processo Civil (norma geral), mas principalmente pelo previsto no artigo 201 do ECA¹¹, que elenca as hipóteses de legitimidade conferida de forma concorrente ao Ministério Público, que fica assim responsável em garantir direitos ao menor.

O nascituro pode ser representado por curador, de acordo com o artigo 1.779 do Código Civil brasileiro. A curatela, segundo SILVA (2002, p. 235), é o encargo conferido a uma pessoa para que, segundo os limites determinados juridicamente e fundados em lei, cuide dos interesses de alguém que não possa lícitamente administra-los. O mencionado artigo 1.779 mostra: “dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar.” Da mesma forma, diz ainda o referido artigo, em seu parágrafo único, que “se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro.”

Algumas medidas judiciais, nos dizeres de ZAINAGHI (2007, p. 73), são atribuídas ao nascituro, algumas delas asseguradas pelo ECA, que salvaguarda algumas ações e/ou medidas assecuratórias dos direitos dos *conceptus*. Segundo RIBEIRO (2011, p. 111), já encontra previsão expressa no Código de Processo Civil brasileiro o direito do nascituro a um curador que zele por seus interesses patrimoniais (nos artigos 877 e 878), o que comprova o fato de que o legislador priorizou os aspectos patrimoniais que cercam a vida de cada indivíduo e este assunto será analisado em tópico posterior do presente trabalho.

¹¹ Estatuto da Criança e do Adolescente.

O nascituro possui direito de receber doação, conforme o artigo 542 do Código Civil. Diz o artigo: “A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal.” De acordo com ALVES (2004, p. 487-488):

É possível a doação feita ao nascituro (o *infans conceptus*, cujo nascimento se aguarda como fato futuro certo), visto que a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro (art. 2º, segunda parte no NCC¹²). O contrato de doação tem a sua validade, desde que já concebido o donatário ao tempo em que é estabelecida a liberalidade e não do momento em que se dá a aceitação, segundo doutrina João Luiz Alves. Trata-se de doação sob condição suspensiva: caducará a doação, se o nascituro for natimorto, ou seja, dado à luz sem vida, o que há de se distinguir do feto que, nascido não viável, de vida efêmera, morre imediatamente após o nascimento. Pelo ato instantâneo e fugaz de vida obtém direitos, tornando-se definitiva a doação.

ZAINAGHI (2007, p. 80) mostra que esta doação é feita sob a condição suspensiva de que o nascituro nasça com vida. É evidente, neste caso, a influência da teoria natalista sobre o ordenamento jurídico brasileiro; se o Código Civil, no que se refere ao nascituro, tivesse base na teoria concepcionista a situação seria distinta, não sendo necessário o nascimento com vida para que a doação gerasse seus efeitos jurídicos.

A autora (2007, p. 82), discursando sobre a proteção conferida ao nascituro no ECA, assinala a importância desta lei no que se relaciona ao não nascido. O artigo 8º do referido diploma legal preleciona que: “é assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal¹³.” Dessa forma, é assegurada a proteção não só à gestante, como também à criança concebida; com este dispositivo, aliado aos artigos 1º e 5º do ECA, que asseguram a proteção integral a crianças e adolescentes, bem como sua sobreposição aos demais direitos, conclui-se que a prioridade absoluta e a proteção integral também se aplica ao nascituro, a quem esses artigos asseguram proteção no desenvolvimento e à própria vida. Sobre o tópico do direito a alimentos, ZAINAGHI (2007, pp. 88-89) considera que as características dos alimentos são:

[...] direito pessoal e intransferível: a personalidade do direito aos alimentos é assegurada por dispositivo legal, isso porque não se admite que qualquer um requeira o direito de obter os alimentos, pois esse direito é exclusivo das pessoas previstas em lei (...). Irrenunciabilidade: está relacionado ao princípio constitucional essencial que é a vida, assim não se pode permitir que o alimentando renuncie a um direito que poderá ser necessário para a sua sobrevivência. (...) Essa irrenunciabilidade se opera não só quanto ao nascituro, mas também quanto à esposa e até à companheira. (...) Impossibilidade de restituição: os alimentos não são restituídos, exceto quando comprovada manifesta má-fé da requerente; impenhorabilidade: os alimentos são impenhoráveis, como disposto no artigo 649,

¹² Novo Código Civil.

¹³ Atendimento durante a gravidez, o parto e o puerpério, sendo este o período pós-parto, tendo início após a dequitação (expulsão da placenta do corpo), e se estendendo até o décimo-segundo mês após o parto, ao final do qual os órgãos e sistemas maternos já retornaram ao estado pré-gravídico (ZUGAIB, 2008, p. 430).

II, do Código de Processo Civil. (...) Imprescritibilidade: a imprescritibilidade dos alimentos está adstrita à sua própria natureza. Portanto, por se tratar de um direito indisponível ligado à própria personalidade, não pode prescrever, podendo aquele que tiver necessidade requerê-lo a qualquer tempo.

Nos dizeres de RIBEIRO (2011, p. 126-127), os alimentos compreendem prestações que satisfaçam as necessidades vitais do indivíduo, no entanto a concepção jurídica de alimentos abarca não só o necessário à preservação da vida e concessão dos diversos gêneros alimentícios, mas também todas as necessidades próprias da existência do indivíduo como: vestimenta, remédios, habitação, lazer, educação, cuidados com a saúde; tudo isto acrescido dos gêneros alimentícios. Diz ainda a autora (2011, p. 127):

Há que se considerar ainda a posição social do alimentando, podendo os alimentos , inclusive, abranger o pagamento de atividades extra-escolares como aulas de dança, esportes e línguas estrangeiras. A legislação brasileira já prevê essa questão da manutenção do *status* do alimentando, disciplinando-o através do artigo 1.694 do Código Civil: “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”. (Grifo da autora).

Por estas razões, continua RIBEIRO (2011, p. 128) dizendo que admitir que o nascituro carrega personalidade significa conceder-lhe direito aos alimentos, cujo fim é proporcionar a ele e à sua mãe a adequada assistência pré-natal e, por conseguinte, o seu nascimento com vida. PUSSI (2008, p. 424) defende que é indiscutível, mesmo para aqueles que defendem a teoria natalista, que o nascituro tem direito a alimentos, afinal, é certo que, mesmo antes de nascer, existem despesas que são destinadas à própria sobrevivência do nascituro.

Decerto, para este autor, é inconcebível imaginar o Direito, independentemente do argumento, negando alimentos àquele, os quais são essenciais à própria sobrevivência do mesmo e para seu desenvolvimento correto nos padrões médicos adequados. ALMEIDA (*apud* PUSSI, 2008, p. 425), muito propriamente, esclarece que:

No nosso modo de ver, ao nascituro são devidos alimentos em sentido lato – alimentos civis – para que possa nutrir-se e desenvolver-se com normalidade, objetivando o nascimento com vida. Incluem-se nos alimentos a adequada assistência médico-cirúrgica pré-natal, em sua inteireza, que abrange as técnicas especiais (transfusão de sangue, em caso de eritroblastose fetal¹⁴, amniocentese¹⁵, ultrassonografia) e cirurgias realizadas em fetos, cada vez com mais frequência,

¹⁴ Doença que resulta da incompatibilidade sanguínea entre mãe e feto. Ocorre quando o organismo materno, através do seu sistema imunológico, produz anticorpos específicos contra os glóbulos vermelhos do sangue do feto. Esses glóbulos (hemácias) acabam sendo destruídos e, por isso, o feto pode ficar anêmico. (MEDCENTER, 2011).

¹⁵ Exame no qual há colheita de líquido amniótico através de punção abdominal. (Dicionário Priberam da língua portuguesa. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/dlpo/default.aspx?pal=amniocentese>>).

alcançando, ainda, as despesas com parto. Quando o filho for concebido na constância do casamento, inclusive por inseminação artificial homóloga ou por fertilização *in vitro*, aplicando-se a regra *pater is* (...), consagrada pelos artigos 337 e 338 do Código Civil, basta a prova da gravidez, para a propositura da ação, que, no nosso modo de ver, pode fundar-se na Lei 5.478/68, que exige prova de parentesco ou prova pré-constituída da obrigação alimentar.

Diz ainda ALMEIDA (*apud* PUSSI, 2008, p. 425) que o mesmo raciocínio se aplica, em caso de separação judicial, estando a mulher grávida. Destarte, mesmo que tenha renunciado a alimentos, a renúncia só a ela se aplica e não aos alimentos devidos ao nascituro que, expressamente, tem o *status* de filho. Nesses termos, tratando-se de filho ilegítimo deve o nascituro, por sua representante legal (e em casos excepcionais, o curador do ventre) ingressar com Ação de Investigação de Paternidade cumulada com Alimentos.

RIBEIRO (2011, p. 129) mostra que, no Brasil, foi recentemente promulgada lei concedendo e disciplinando alimentos à gestante, denominados pela Lei 11.804/08 de alimentos gravídicos. É interessante observar que o artigo 1º da referida lei estabelece que a mesma disciplina o direito de alimentos da mulher gestante e não o direito a alimentos do nascituro; constatando-se esta sutil diferença. A autora (2011, p. 129) mostra que:

[...] apesar de os alimentos previstos na lei prestarem-se diretamente à gestante, o nascituro será logicamente indiretamente beneficiado; contudo, a lei 11.804/08 deixou escapar essa oportunidade de conferir direito alimentar ao nascituro, passando ao largo da problemática acerca da sua titularidade de direitos e omitindo-se no enfrentamento da questão de o mesmo ser portador de personalidade jurídica. Mesmo sem enfrentar essas importantes questões, a lei 11.804/08 não perde a sua grande importância no cenário nacional, assim como também na ordem jurídica internacional, por ser um diploma legislativo que, mesmo sem reconhecer personalidade jurídica ao nascituro, garante-lhe a vida por meio da previsão de pensão alimentícia à sua genitora.

É possível observar, a partir do exame do citado diploma legal, que o legislador brasileiro mais uma vez tentou se esquivar da problemática referente à personalidade jurídica do nascituro. É evidente que, se a gestante (sua genitora) tem direito aos alimentos gravídicos, não há razão clara para que o próprio nascituro não tenha sido mencionado no artigo 1º da Lei 11.804, sendo assim diretamente beneficiado. Não obstante, ele será indiretamente beneficiado, o que é uma grande conquista para o ordenamento jurídico pátrio.

Mostra RIBEIRO (2011, p. 131) que é fácil notar que a fixação dos alimentos gravídicos ocorre de forma simples e despida de solenidade, sendo dispensada inclusive a realização de audiência, cuja necessidade poderia acarretar um atraso na fixação da verba alimentar ou de exame que comprove a paternidade. Assim, a demanda que cumula os pedidos de investigação de paternidade e alimentos pode fundar-se em qualquer meio de

prova legítimo que indique a convivência da gestante com o indigitado pai, o que demonstrará o *fumus boni juris* necessário ao deferimento dos alimentos provisionais, de conhecida natureza cautelar. Assim sendo, a partir do despacho da petição inicial da Ação de Investigação de Paternidade cumulada com Alimentos pode o juiz, desde já, arbitrar os alimentos devidos. Com efeito, os tribunais pátrios vêm, felizmente, decidindo em favor dos alimentos provisionais, como se observa através do seguinte julgado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. DESPESAS COM NASCITURO. AS DESPESAS PRÉ-NATAIS COM O NASCITURO PODEM SUSTENTAR A FIXAÇÃO DE ALIMENTOS PROVISÓRIOS. PROVA DOS AUTOS. A PROVA DOS AUTOS, EM SEU CONJUNTO, AFIRMA A CERTEZA DO DESPACHO JUDICIAL, NÃO SÓ QUANTO A CONDENAÇÃO COMO AO VALOR FIXADO. AGRAVO IMPROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 596067629, Câmara de Férias Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, Julgado em 17/07/1996) (596067629 RS, Relator: Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, Data de Julgamento: 17/07/1996, Câmara de Férias Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia).

O mesmo se observa através da seguinte decisão:

ALIMENTOS GRAVÍDICOS. LEI Nº 11.804/08. DIREITO DO NASCITURO. PROVA. POSSIBILIDADE. 11.8041. Havendo indícios da paternidade apontada, é cabível a fixação de alimentos em favor do nascituro, destinados à gestante, até que seja possível a realização do exame de DNA. 2. Os alimentos devem ser fixados de forma a contribuir para a manutenção da gestante, mas dentro das possibilidades do alimentante e sem sobrecarregá-lo em demasia. Recurso desprovido. (Agravado de Instrumento Nº 70042357194, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 8/7/2011) (70042357194 RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Data de Julgamento: 08/07/2011, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 14/07/2011).

O nascituro pode ter direito também à indenização por danos sofridos; para ZAINAGHI (2007, p. 104), a responsabilidade no âmbito do universo do nascituro pode ser advinda de dois tipos de dano moral, quais sejam: os prejuízos de ordem psíquica e/ou física. Ademais, outra hipótese de dano moral está atrelada à própria perda do conceito e à dor advinda dessa situação, onde a indenização busca uma compensação, diferente da responsabilidade pelo dano moral, cujo caráter é ressarcitório.

Diz a autora (2007, p. 105), ainda, que a legitimidade ativa, no tocante à ação por dano moral sofrido pelo nascituro será dele próprio, quem detiver o poder familiar ou mesmo o Ministério Público, já a legitimidade passiva poderá ser do médico, do hospital, do pai, da mãe e do próprio nascituro, sempre levando em conta a causa de pedir da ação.

Outrossim, caso a teoria natalista seja a única adotada, segundo ensina PUSSI (2008, p. 420), seria criado um quadro interessante no que se refere à indenização dos danos. O

nascituro não poderia receber qualquer indenização, já que não é pessoa nem sujeito de direito, mas, se sua genitora viesse a falecer e este sobrevivesse, o dano moral (dor, sofrimentos futuros, desamparo) seria causado ao filho por nascer. Nessa hipótese, a ausência de personalidade concomitante ao falecimento da mãe impediria, numa interpretação lógica, a pretensão do filho de obter qualquer indenização do que causou o dano. O autor (2008, p. 420) dá continuidade ao raciocínio:

O mesmo problema ocorreria se o nascituro fosse vítima de medicamento ministrado à mãe durante a gravidez, resultando em sequelas físicas terríveis (v.g., o famoso caso dos “filhos da talidomida”). O dano a ele causado dificilmente seria indenizado, já que à época do *eventus damni* não detinha a titularidade do direito à integridade física. Poderia ser tentada a indenização à mãe, que resultaria numa compensação reflexa e, seguramente de menor valor pecuniário.

Em se adotando a teoria da personalidade condicional, para PUSSI (2008, p. 421), a possibilidade de reparação estaria situada no mesmo patamar da personalidade: para que exista, deve haver o nascimento com vida. Se frustrado o nascimento, o agora natimorto seria juridicamente inexistente, sem nunca ter sido pessoa. A saída para esta situação seria uma reparação reflexa, exigível por seus ascendentes; embora o natimorto não pudesse de forma alguma postular a reparação em nome próprio vale salientar que o *quantum debeatur*¹⁶ certamente não será o mesmo, pois que a indenização devida por um filho morto seguramente será maior do que a referente à morte de um feto que jamais teve o *status* de ser humano. Outrossim, continua o autor (2011, p. 421), sendo adotada a teoria concepcionista, as circunstâncias serão distintas:

Se, de forma oposta, o nascituro for considerado pessoa em sua plenitude (teoria concepcionista – à qual nos filiamos desde o início deste trabalho), pode ele ser indenizado por danos morais e patrimoniais, ou, caso tenha falecido, seus ascendentes podem exigir a dita reparação. Nesta última hipótese, considerar-se-ia que o dano foi causado a filho menor, ampliando as possibilidades de indenização e, ainda que de forma indireta, do *quantum indenizatório*.

A jurisprudência, em algumas ocasiões, vem corroborando o entendimento de que o nascituro tem direito à reparação de danos, como se pode observar no acórdão a seguir:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS EM RAZÃO DE SEQUELAS QUE OCASIONARAM DANOS FÍSICOS NO NASCITURO, DURANTE O PROCEDIMENTO DE PARTO. Imprudência, negligência e imperícia do médico e do hospital demonstradas por falta de atendimento e procedimento adequados para evitar a lesão. Responsabilidade por danos materiais e morais por erro médico, com sequelas irreversíveis. Cabimento. Apelo provido para dar pela procedência parcial da ação. (Apelação Cível com revisão nº 147.460-4/6-00, 10ª Câmara de Direito Privado do TJSP, Penápolis, Relator Testa Marchi. j. 04.10.2005, unânime).

¹⁶ O quanto se deve.

A adoção é outro aspecto importante a ser discutido sobre o nascituro: os argumentos que defendem a adoção de nascituros, segundo PUSSI (2008, p. 413), nitidamente de cunho sociológico-sanitarista, não encontram amparo legal. O autor concorda que tal modalidade de adoção seria um contrassenso do ponto de vista humano e também do ponto de vista legal porque, no que pertine ao aspecto humano, a ninguém deveria ser facultado adotar uma criança que ainda não nasceu, que não se sabe se vai ou não nascer com vida, qual seu aspecto, sua saúde etc.

O autor (2008, p. 413) diz ainda que, do ponto de vista jurídico, a dependência em que fica essa relação de adoção contraria o princípio de segurança e estabilidade que deve presidir as relações que deixam sua marca no estado das pessoas. Tal situação importa numa verdadeira condição, cuja plena efetividade dependerá de um acontecimento futuro e incerto: o nascimento com vida, como exige o artigo 2º do Código Civil.

Há, porém, tomada de posição contrária, tanto que CARDOSO (2009) diz que o Código Civil de 2002 silenciou sobre o tema, ao contrário do Código Civil de 1916 que previa a possibilidade de adoção ao nascituro no seu artigo 372, o qual dizia que não se pode adotar sem o consentimento do adotado ou de seu representante legal se for incapaz ou nascituro. O silêncio do legislador de 2002, para o autor, não pode servir de fundamento para a não aplicação do instituto, até mesmo porque o fato existe e não pode o Poder Judiciário simplesmente se omitir diante de tal situação. Diz CARDOSO (2009):

A Constituição Federal em seu art. 227 garante a criança e ao adolescente a proteção integral. A Lei Maior também garante à criança e ao adolescente o direito a convivência familiar, que nem sempre consegue ser cumprido pela família biológica. Além disso, os artigos 542, 1.609, parágrafo único, 1.798, todos do Código Civil, possibilitam, respectivamente, o nascituro receber doação, ser reconhecido antes do nascimento e receber herança. Desta forma, utilizando-se da melhor interpretação, conclui-se que sendo o nascituro um sujeito de direito, não há razão para que este não possa ser adotado desde a concepção, uma vez que, aqueles que estão por nascer têm garantia constitucional de receber um tratamento digno desde sua existência.

A autora (2009) diz, ainda, que o Estatuto da Criança e do Adolescente evidentemente garante e protege o nascituro, pois que apesar de não regulamentar expressamente sobre a adoção, prevê a proteção à vida e à saúde. Além disso, outro subsídio importante para demonstrar a possibilidade de adoção de nascituro é o já referido direito de igualdade dos filhos, exposto no artigo 227, parágrafo 6º da Constituição Federal, no artigo 1.596 do Código Civil e no artigo 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Como se vê, não importa a origem da filiação, sendo esta biológica ou civil, porque todos serão tratados de maneira homogênea. A legislação civil possibilita, ainda, o reconhecimento dos filhos antes mesmo do nascimento, conforme acima exposto, o que

significa dizer que o nascituro pode ser reconhecido como filho. Destarte, note-se que a doutrina é controversa no que se refere à adoção do nascituro, sendo que a atual legislação não a torna possível.

Um outro tópico a ser considerado neste trabalho é a posição ocupada pelo nascituro perante o direito do trabalho. PUSSI (2008, p. 149-150) mostra que a proteção do nascituro perante a legislação trabalhista pode ser detectada, de forma específica, na proteção que é dispensada à mãe durante o período gestacional. A legislação trata da matéria na Consolidação das Leis do Trabalho, dos artigos 391 a 400. E afirma o autor (2008, p. 152):

[...] os benefícios concedidos à gestante durante a gravidez são, em verdade, uma proteção dispensada ao nascituro do ponto de vista patrimonial ou, então, emocional. Emocional, para garantir à mãe gestante o equilíbrio necessário durante a gravidez para que possa ter a certeza de que, ao menos, o emprego é garantido durante tal período. E em consequência, uma estabilidade patrimonial para garantir à mãe o sustento e mesmo alimentos necessários para ela própria e ao seu filho já concebido.

MARTINS (2000, p. 363) ressalta que dispõe a alínea *b* do inciso II do artigo 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que, até que seja promulgada lei complementar, fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. A garantia de emprego independe da comprovação da gravidez perante o empregador, mas da sua confirmação decorre a responsabilidade objetiva do empregador, que visa garantir o nascituro.

Para MARTINS (2000, p. 363), a gravidez não é doença. Assim, não se pode tratar a gestante como doente ou incapaz e, quanto à garantia de emprego, justifica-se esta discriminação¹⁷ no período em que a empregada esteja grávida (ou no período pós-parto) pois que, com certeza, não encontraria outro serviço no referido lapso de tempo. Desta forma, é possível concluir que o legislador pretendeu salvaguardar debaixo do manto jurídico não somente a gestante, mas principalmente o seu filho que ainda não veio ao mundo, reforçando a tese de que o nascituro possui direitos. Neste sentido têm seguido os tribunais pátrios, como se observa a partir da seguinte decisão jurisprudencial:

EMPREGADA GESTANTE - ESTABILIDADE PROVISÓRIA (ADCT, ART. 10, II, "b") - CONVENÇÃO OIT Nº 103/1952 - PROTEÇÃO À MATERNIDADE E AO NASCITURO - DESNECESSIDADE DE PRÉVIA COMUNICAÇÃO DO ESTADO DE GRAVIDEZ AO EMPREGADOR - ESPECIFICAÇÃO DAS VERBAS RESCISÓRIAS DEVIDAS À EMPREGADA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS. - O legislador constituinte, consciente das responsabilidades assumidas pelo Estado brasileiro no plano internacional (Convenção OIT nº 103/1952, Artigo VI) e tendo presente a necessidade de dispensar efetiva proteção à maternidade e ao nascituro, estabeleceu, em favor da empregada gestante, expressiva garantia de caráter social, consistente na outorga, a

¹⁷ No sentido de diferenciação.

essa trabalhadora, de estabilidade provisória (ADCT, artigo 10, II, "b"). - A empregada gestante tem direito subjetivo à estabilidade provisória prevista no art. 10, II, "b", do ADCT/88, bastando, para efeito de acesso a essa inderrogável garantia social de índole constitucional, a confirmação objetiva do estado fisiológico de gravidez, independentemente, quanto a este, de sua prévia comunicação ao empregador, revelando-se írrita, de outro lado e sob tal aspecto, a exigência de notificação à empresa, mesmo quando pactuada em sede de negociação coletiva. Precedentes. (448572 SP, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 30/11/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-247 DIVULG 15-12-2010 PUBLIC 16-12-2010 EMENT VOL-02452-01 PP-00267)

É possível observar, então, que o nascituro tem, de fato, alguns direitos de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, o que vai de encontro à tese do artigo 2º do Código Civil, segundo o qual o nascituro somente passa a ter personalidade a partir do nascimento com vida. Destarte, se possui direitos é porque é titular de personalidade, o que mostra a não adequação da teoria natalista às situações práticas envolvendo o concebido.

3.2 O problema do desamparo legal

Em se considerando que o nascituro possui alguns direitos, como o direito a alimentos, o direito à proteção diante do direito trabalhista, e o direito à indenização por danos sofridos, resta analisar qual a sua real situação diante do direito sucessório brasileiro, o que se faz necessário para saber se ele, de fato, tem direito a ser herdeiro legítimo ou possui apenas expectativa de direitos.

De acordo com NEVES (2010, p. 1.231), para o direito brasileiro, o marco inicial da personalidade da pessoa natural é o nascimento com vida, sendo correta a afirmação de que o nascituro não tem personalidade jurídica, ainda que o direito proteja seus interesses desde a concepção, como mostra o artigo 2º do Código Civil. Em havendo interesses juridicamente tutelados pelo ordenamento jurídico, caberá ao futuro titular do pátrio poder (ou poder familiar) protegê-lo enquanto o nascituro não adquirir a personalidade civil. Esta tese confirma, mais uma vez, a adoção da teoria natalista pelo Código Civil brasileiro, apesar de o nascituro ter, como visto em tópico anterior, alguns direitos resguardados.

Assim, quando o *de cujus* vem a falecer, deixando mulher grávida, obviamente que o direito deste filho não nascido à herança deve ser resguardado. Dessa forma, NEVES (2010, p. 1231) diz que o processo de posse em nome do nascituro só se justifica quando por alguma razão estiverem em jogo os seus interesses sucessórios, cabendo à genitora requerer prova do

seu estado de gravidez (o que demonstrará a existência de um nascituro) e a sua investidura na posse dos direitos do nascituro. A finalidade da tutela jurisdicional, pois, nessa hipótese é permitir a habilitação do nascituro em inventário do qual participará na condição de herdeiro ou legatário. As regras sobre a posse em nome do nascituro estão contidas nos artigos 877 e 878 do Código de Processo Civil:

Artigo 877. A mulher que, para garantia dos direitos do filho nascituro, quiser provar seu estado de gravidez, requererá ao juiz que, ouvido o órgão do Ministério Público, mande examiná-la por um médico de sua nomeação.

§ 1º O requerimento será instruído com a certidão de óbito da pessoa, de quem o nascituro é sucessor.

§ 2º Será dispensado o exame se os herdeiros do falecido aceitarem a declaração da requerente.

§ 3º Em caso algum a falta do exame prejudicará os direitos do nascituro.

Artigo 878. Apresentado o laudo que reconheça a gravidez, o juiz, por sentença, declarará a requerente investida na posse dos direitos que assistam ao nascituro.

Parágrafo único. Se à requerente não couber o exercício do pátrio poder, o juiz nomeará curador ao nascituro.

O autor (2010, p. 1.232) mostra que, para a doutrina majoritária, a posse do nascituro não tem natureza cautelar:

Parcela da doutrina afirma que a posse em nome do nascituro não possui natureza cautelar porque, diferente da produção antecipada de prova, não se limita a assegurar prova, efetivamente produzindo-a. (...) A pretensão da mulher grávida com o processo de posse em nome do nascituro não é a declaração de sua gravidez, que na realidade é realizada tão somente de forma incidental; a pretensão é a declaração de legitimidade da investidura na posse dos direitos do nascituro, que obviamente só será determinado pelo juiz se demonstrada a existência de um nascituro. (...) A posse em nome de nascituro não é, como parece à parcela da doutrina, uma ação probatória autônoma, cujo objeto seja a declaração do fato de a autora estar grávida, mas demanda que declare a mãe titular da posse dos direitos do nascituro.

NEVES (2010, p. 1.233) ainda ressalta que a mulher que carrega o nascituro em seu ventre é a legitimada padrão para a propositura do processo em nome do nascituro, abrangendo tanto a viúva como a concubina. Excepcionalmente, se o poder familiar couber ao pai, tal como ocorre na hipótese do legado em favor de nascituro de pai vivo ou quando a mulher grávida pretender esconder seu estado gravídico, o pai também terá legitimidade ativa para a demanda. Da mesma forma, é a legitimação do curador especial extraordinária, exercendo-se na hipótese de a mulher grávida estar interditada. O Ministério Público, por sua vez, não terá legitimidade ativa, pois que o interesse é de natureza patrimonial (apesar de ter como titular o nascituro) e o órgão atuará, então, somente como fiscal da lei. Outrossim, GUERRA JÚNIOR (2007) mostra que terão legitimidade passiva, conforme o caso concreto,

os demais herdeiros que disputam a herança, o doador (quando houver doação em favor de prole eventual) ou o testamentário, na hipótese de legado deixado em favor do nascituro.

O processo, segundo NEVES (2010, p. 1.233), tem o seu início através de petição inicial, cumpridas as exigências formais dos artigos 282 e 283 do Código de Processo Civil¹⁸, no que couber, sendo inaplicável o artigo 801 (o qual discorre sobre medidas cautelares), em razão da natureza não cautelar do processo de posse em nome do nascituro. A petição inicial deve ser instruída com a certidão de óbito da pessoa de quem o nascituro se diz sucessor, como previsto no parágrafo 1º do artigo 877 supracitado, sendo esta exigência dispensada quando o direito do nascituro não decorrer de sucessão *causa mortis*, como ocorre no caso da doação.

O autor (2010, p. 1.233-1.234) comenta que a mulher grávida deve requerer ao juiz que, ouvido o Ministério Público, seja examinada por um médico de sua nomeação, mas se os herdeiros do falecido concordam com a declaração de gravidez da autora, esse exame será dispensado, numa e noutra hipótese, restando demonstrada a gravidez, o juiz proferirá sentença declaratória, investindo a autora na posse dos direitos que assistam ao nascituro, nos termos do artigo 878, *caput* do Código de Processo Civil. E NEVES (2010, p. 1.234) adverte:

Se por qualquer razão o exame não puder se realizar (por exemplo, desaparecimento da grávida ou sua recusa em se submeter ao exame), o processo será extinto sem que os direitos do nascituro sejam prejudicados (...), não se aplicando as presunções previstas nos artigos 231 e 232 do Código Civil. Sendo o exame inconclusivo, em razão de qualquer quadro clínico atípico, o juiz poderá determinar novo exame, inclusive aguardando um momento mais adequado para realiza-lo. Não constatada a gravidez, o juiz extinguirá o processo com rejeição do pedido da autora, em decisão que, apesar de ser de mérito, não faz coisa julgada material, sendo possível a questão da gravidez voltar a ser discutida em outra demanda judicial.

A genitora, portanto, ficará com a posse dos direitos sucessórios do nascituro, até que ocorra o nascimento com vida; o problema surge quando o feto não atingir o evento, porque o Código Civil adota a teoria natalista de aquisição de personalidade, pela qual os direitos do nascituro ficarão salvaguardados até que ele nasça, como uma expectativa de direitos. Nesses termos, o nascimento é uma condição suspensiva para que os direitos sejam efetivamente adquiridos.

¹⁸ Artigo 282. A petição inicial indicará: I - o juiz ou tribunal, a que é dirigida; II - os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu; III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido; IV - o pedido, com as suas especificações; V - o valor da causa; VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados; VII - o requerimento para a citação do réu.

Art. 283. A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação.

Se inocorre o evento do nascimento com vida, o natimorto não será considerado pessoa, pois esta é uma característica que somente lhe seria conferida ao nascer vivo, negando-se-lhe a personalidade jurídica e, no que pertine aos seus direitos sucessórios, facultando a que o seu quinhão hereditário seja dividido entre o restante dos herdeiros.

Como se sabe, o natimorto é aquele que nasceu morto; VASCONCELLOS (2006) mostra que a situação do natimorto gera, para o Direito, uma dificuldade intransponível, visto que, não chegando a nascer não adquiriu personalidade jurídica e assim, teoricamente, sua existência não geraria quaisquer efeitos jurídicos.

Entretanto, para o autor (2006), isso não é verdadeiro, pois que apesar de não possuírem personalidade jurídica, os natimortos recebem atenção do Estado, que se preocupa com seu registro. Nesse sentido, cita-se a Lei nº 6.015 de dezembro de 1973 (Lei de Registros Públicos) e, em particular, seu artigo 53, que reza: “no caso de ter a criança nascido morta ou no de ter morrido na ocasião do parto, será, não obstante, feito o assento com os elementos que couberem e com remissão ao do óbito”.

A par disso tudo; VASCONCELLOS (2006) propõe a indagação: como pode o Estado registrar quem nunca existiu? Como pode um indivíduo que nunca teve personalidade jurídica gerar efeitos jurídicos? E mostra o autor (2006):

[...] se ao adquirir personalidade obtém-se capacidade e com esta a aptidão genérica p/ ter direitos e contrair obrigações, entende-se que o natimorto, não tendo personalidade não teria tal capacidade de possuir direitos, nem de contrair obrigações, sendo portanto seu registro juridicamente injustificado. Porém, o assunto é tormentoso e a existência do natimorto faz surgir uma série de paradoxos. Pois se de um lado é verdade que o natimorto não adquire personalidade jurídica e logo não tem capacidade (no sentido de possuir aptidão para ter direitos e contrair obrigações), sua existência, por outro lado, traz efeitos jurídicos, pois para a mãe gerará uma série de direitos relacionados à gravidez. E se é verdade que tais direitos não são próprios do natimorto, é inegável que sua “existência” é que impulsionou o surgimento destes direitos. Ou seja, um indivíduo sem personalidade jurídica consegue gerar efeito jurídico. (grifo do autor).

VASCONCELLOS (2006) conclui, então, que nesse sentido, mesmo sem ter nascido o nascituro existe para o Direito, desafiando a teoria natalista por fazer instalar-se, aí, um paradoxo: negar a capacidade de gerar efeitos jurídicos (direitos e obrigações), mas, em outro momento, conceder esta capacidade. Se for aceita a tese de que o natimorto gera efeitos jurídicos, estar-se-ia, por consequência, relativizando a importância da personalidade jurídica, vez que o natimorto consegue gerar estes efeitos sem a possuir.

Por isso, diz o autor supracitado (2006) que são incontestáveis os efeitos jurídicos gerados pelo natimorto, e que apesar de o Direito apenas admitir a personalidade dos nascidos

vivos, o natimorto consegue gerar direitos sem possuir tal capacidade. Destarte, a doutrina se depara com um grande paradoxo que avalia o clássico conceito de personalidade jurídica, pois que a situação do natimorto remete, no mínimo, a uma dificuldade que exige a revisão do conceito estabelecido.

O transporte desses fatos para o âmbito do Direito Sucessório faz gerar um problema ainda maior. Com efeito, se o ordenamento pátrio adota a teoria natalista de aquisição da personalidade, o natimorto, ao mesmo tempo em que terá direito de gerar o registro (como preleciona o diploma legal citado anteriormente) de maneira antagônica, se falecido o seu genitor, não terá herdado deste último, restando seus direitos sucessórios totalmente desamparados.

3.3 Aplicação da teoria mais adequada na proteção dos direitos sucessórios do nascituro

Como se nota, pelo atual ordenamento jurídico brasileiro o nascituro sofre, frequentemente, situações de desamparo, perfazendo-se necessário apresentar uma forma alternativa de lidar com esses casos. A adoção da teoria concepcionista de aquisição da personalidade constituiria, assim, o que viria a ser uma forma de efetivamente salvaguardar os direitos sucessórios do *conceptus*, pelo que é importante analisar as razões que levariam à conclusão da melhor adequação desta teoria e sobre as hipóteses de cabimento.

Inicialmente, veja-se o direito à vida como fundamento da teoria concepcionista. RIBEIRO (2011, p. 120-121) afirma que como direito natural que é, o direito à vida é o primeiro dos direitos que se apresenta ao nascituro, como titular de personalidade jurídica, o que resulta do fato de que os demais direitos da pessoa humana gravitam e dependem da existência do direito à vida, que deve ser compreendido, pois, como o primeiro de todos os direitos. É, pois, o direito à vida o direito de o ser humano vir a existir, resultante da própria natureza humana, e, sendo, por esta mesma razão, um direito originário (nascido da própria natureza humana) cabendo ao legislador apenas reconhecê-lo.

Para BULOS (2008, p. 414), o direito à vida inicia-se com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, resultando num ovo ou zigoto. Para ele, sem a proteção incondicional do direito à vida, os fundamentos da República Federativa do Brasil não se realizam. Assim,

tanto a expectativa de vida exterior (vida intrauterina) como a sua consumação efetiva (vida extrauterina) constituem um direito fundamental, cabendo ao Estado, pois, assegurar o direito à vida sob duplo aspecto: direito de nascer e direito de subsistir e sobreviver.

Consoante o entendimento de RIBEIRO (2011, p. 122) o direito à vida abrange o direito de nascer, logo, o direito à vida precisa ser interpretado como o direito do indivíduo de ter a sua vida resguardada em todas as fases da sua existência, inclusive quando o ser humano se encontra dentro do ventre materno. A Constituição Federal brasileira não poderia deixar de mencionar o direito à vida; e o fez logo no *caput* do artigo 5º, dispositivo que abarca os direitos e as garantias fundamentais, ressaltando a vida como direito primordial do ser humano.

Sobre os direitos fundamentais, os quais são frequentemente utilizados como sinônimos de direitos do homem, CANOTILHO (1993, p. 542) afirma que estes direitos arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal. O autor (1993, p. 545) introduz, ainda, a ideia de direitos da personalidade, sendo o direito à vida um deles:

Muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade. Os direitos de personalidade abarcam certamente os direitos de estado (por ex.: direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão). Tradicionalmente, afastavam-se dos direitos de personalidade os direitos fundamentais políticos e os direitos a prestações, por não serem atinentes ao ser como pessoa.

Segundo PUSSI (2008, p. 226-227), os direitos da personalidade são entendidos como os direitos humanos de primeira grandeza, como o direito à vida, o direito à integridade física e genética (especificamente ligados ao nascituro), o direito à integridade moral etc., já integrados ao ordenamento jurídico, ou seja, positivados. O autor salienta que os direitos da personalidade são inerentes ao ser, não se condicionando a qualquer requisito ou pressuposto para sua aquisição; referir-se à inerência desta classe de direitos é falar a respeito de algo que nasce com o ser humano e a ele se imanta no recôndito de sua alma.

Então, nos dizeres de RIBEIRO (2011, p. 123), não há condicionantes para se defender o direito à existência, ou melhor, o direito à vida, seja qual for a maneira utilizada para dar origem a um ser humano ou mesmo perante um estado especial do ser originado, como por exemplo na existência de uma anomalia física ou psíquica. De acordo com PUSSI (2008, p. 227):

[...] é possível afirmar que os direitos da personalidade ou personalíssimos, existem no homem em si, como ser dotado de personalidade. São direitos cujo objeto é o modo de ser físico ou moral das pessoas, aqueles direitos que capacitam-nas a protegerem sua essência, sua persona, as mais importantes virtudes do ser. (...) Diante desse aspecto, o nascituro, não como expectador de direitos mas como titular efetivo de direitos, não pode ver-se lesado a respeito dos direitos fundamentais personalíssimos, que lhe são garantidos pela ordem jurídica. O argumento pesa ainda mais quando se sabe que o nascituro, por si só, não possui capacidade de entendimento e muito menos é capaz de assumir em si os reflexos de erros científicos que podem ocorrer, por exemplo, e principalmente, em intervenções cirúrgicas com manipulação genética.

RIBEIRO (2011, p. 124) adverte, ainda, que ao nascituro (por constituir a parte mais fragilizada e vulnerável das relações jurídicas de que participa) é que se deve dispensar maior proteção; o ordenamento jurídico tem por incumbência defendê-lo, sobretudo no que toca aos seus direitos fundamentais, o que é perfeitamente cabível numa sociedade cujo direito tem como escopo a proteção do polo mais frágil na relação jurídica.

Diante disso, cabe analisar o princípio da dignidade da pessoa humana como garantia dos direitos do nascituro. Para REIS (2006, p. 23), o conceito de dignidade extrapola o próprio significado, porque se encontra impregnado no ser humano. As pessoas já nascem com esse conceito, que se encontra imanente ao espírito e, portanto, são revestidas de dignidade por ocasião do nascimento e até mesmo antes dele:

Nesse contexto, não nos é lícito estabelecer limites aos nossos semelhantes por decorrência de sua condição atual ou devir. A integralidade do ser se manifesta no momento da vida, seja ela em que nível estiver – de consciência, de semi-inconsciência ou de absoluta falta de consciência. Se pensarmos de forma diversa, o ordenamento jurídico não asseguraria direitos aos incapazes, a *contrario sensu*, protege de forma integral os direitos dos tutelados e curatelados. (REIS, 2006, p. 24).

Para RIBEIRO (2011, p. 125-126), nem mesmo os doutrinadores que pugnam pela adoção da corrente natalista ousam discordar do fato de que o nascituro apresenta direito à vida e não mera expectativa, embora não o considerem pessoa e titular de direitos da personalidade. É óbvio que aí se trata de duas ideias antagônicas e que não se coadunam com o fato de que, na medida em que se conferem direitos, torna-se também indispensável a garantia de mecanismos de proteção ao titular desses direitos.

REIS (2006, p. 25-26) acrescenta que ao eleger a dignidade da pessoa humana como norma fundamental do Estado Democrático brasileiro, a Ordem Constitucional destacou um dos valores constitucionais mais importantes que integram a personalidade dos indivíduos. Afinal, não envolve apenas um estado de espírito da pessoa, senão uma condição de vida na sociedade em suas múltiplas atividades. O homem não pode viver sem dignidade no meio social, na família e no trabalho e o grande valor da dignidade é que ela não tem preço ou

equivalente, porque no mundo axiológico não se qualificam valores, eles constituem pontos referenciais para os seres humanos se conduzirem no plano da existência.

Nesse diapasão, se abarca o princípio da igualdade, presente na Constituição brasileira, no *caput* do artigo 5º, que afirma que todos são iguais perante a lei. BULOS (2008, p. 420) diz que o princípio da igualdade, isonomia, equiparação ou paridade consiste em quinhonar os iguais por igual e os desiguais na medida de sua desigualdade, tal como ensinava Aristóteles. O autor (2008, p. 421) mostra que a grande questão que se coloca com relação ao vetor da isonomia é definir quais as situações de igualdade e quais as de desigualdade, para tanto, a doutrina distingue as ações afirmativas das discriminações negativas:

Ações afirmativas (discriminações positivas ou desequiparações permitidas) – foram consagradas pelo próprio constituinte, que se incumbiu de conferir tratamento diferenciado a certos grupos (...). Busca-se compensar os menos favorecidos, dando-lhes um tratamento condigno do mesmo modo daqueles que nunca sofreram quaisquer restrições. Discriminações negativas – são as desequiparações injustificáveis, e, por isso, proibidas pelo constituinte originário. Quando alguém desigual outrem, sem qualquer supedâneo constitucional, estamos diante das discriminações negativas.

Não há dúvida de que o nascituro esteja situado no rol daqueles que necessitam de ações afirmativas, da parte do Estado, para que os seus direitos não sejam gravemente violados. Eles podem ser equiparados, até certo ponto, aos incapazes sendo que estão em situação infinitamente mais delicada, uma vez que sua única conexão com o mundo exterior é o corpo de sua genitora e que qualquer alteração a este causada pode arriscar ao concebido, inclusive, a própria vida.

Esta necessidade de proteção por parte do Estado se concretiza na proibição do aborto, mediante tipificação de tal conduta como criminosa, a qual consiste, nos dizeres de BULOS (2008, p. 415), na interrupção da gravidez antes do seu termo normal, com ou sem expulsão do feto. Outrossim, por força do artigo 5º da Constituição, em seu *caput*, qualquer tentativa de despenalização do aborto é contrária à manifestação constituinte originária de 1988, sequer mediante emenda constitucional tal feito seria possível, pois que o direito à vida integra o cerne imodificável da Carta de 1988.

Há, porém, exceções à regra, nas quais o aborto deixa de ser considerado conduta criminosa, sem que o Texto Maior seja vulnerado: é o caso em que o profissional da Medicina é obrigado a realizar a interrupção da gravidez, como única forma de preservar a vida da gestante; e também o caso de interrupção de gestação daquela que foi vítima de estupro (BULOS, 2008, p. 415).

Nestes casos, há justificações plausíveis para a descriminalização da conduta, quais sejam: na primeira situação, se o aborto não for praticado a mãe morrerá (o que resultará igualmente na morte do feto) por isso trata-se de preservar o direito à vida. Na segunda situação, trata-se de gestação resultante de conduta criminosa, o que viola o direito à liberdade e dignidade da mulher vitimada, não se podendo exigir dela, portanto, que sofra a consequência de uma gravidez.

Não se pode olvidar do fato de que, além da existência de todo esse aparato jurídico de proteção que se confere ao ser em desenvolvimento, alguns tribunais já vem decidindo no sentido de que ele detém personalidade e aplicando, dessa forma, a teoria concepcionista de aquisição da mesma. É o que se pode observar este fenômeno na seguinte decisão:

APELAÇÃO CÍVEL - SEGURO OBRIGATÓRIO - DPVAT - MULHER GRÁVIDA DE 34 SEMANAS ATROPELADA - MORTE DO NASCITURO OCORRIDA EM VIA PÚBLICA - RUA PERCILIO ANDRADE NO MUNICÍPIO DE ITABAIANA - CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DO SINISTRO - SENTENÇA MANUTENIDA - APELO CONHECIDO E IMPROVIDO. DPVAT. O nascituro, provido de personalidade jurídica desde o momento da concepção, está coberto pelo seguro DPVAT, visto que seu bem-estar é assegurado pelo ordenamento pátrio. É devido o pagamento da indenização no caso de interrupção da gravidez e morte causadas por acidente de trânsito. DPVAT. (2010202294 SE , Relator: DES. OSÓRIO DE ARAUJO RAMOS FILHO, Data de Julgamento: 17/05/2010, 2ª. CÂMARA CÍVEL).

Observa-se que, no caso acima, foi declarada a personalidade jurídica do nascituro a partir do momento da concepção, sendo-lhe concedido o direito à cobertura pelo seguro. É possível constatar a mesma tendência no seguinte julgado:

DPVAT. EVENTO MORTE. CESSÃO DE CRÉDITO. NASCITURO. VINCULAÇÃO AO SALÁRIO MÍNIMO. I. DPVAT. Observada a forma legal, não há óbice à cessão de crédito decorrente de seguro DPVAT, servindo a citação para o processo como a notificação prevista no art. 290 do CC. DPVAT290CC. II. O nascituro, porque provido de personalidade jurídica desde o momento da concepção, também é sujeito da cobertura conferida pelo seguro DPVAT, sendo devido o pagamento da indenização em caso de a interrupção da gestação decorrer de acidente de trânsito. DPVAT. III. Legitimidade da vinculação do valor da indenização do seguro DPVAT ao valor do salário mínimo. Inaplicabilidade de Resolução do CNSP quando contrária à Lei. Recurso desprovido. Unânime. (Recurso Cível Nº 71000856724, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: João Pedro Cavalli Junior, Julgado em 23/02/2006) DPVAT. (71000856724 RS , Relator: João Pedro Cavalli Junior, Data de Julgamento: 23/02/2006, Primeira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 06/03/2006).

Ainda se pode constatar a tendência de conferir personalidade ao nascituro na seguinte decisão:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO OBRIGATÓRIO - PRELIMINAR - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - EVENTO

MORTE - NASCITURO - DIREITO À PERCEPÇÃO DE INDENIZAÇÃO - NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE ACIDENTE E O EVENTO MORTE - PRELIMINARES AFASTADAS - MÉRITO - VINCULAÇÃO DO MONTANTE INDENIZATÓRIO AO SALÁRIO MÍNIMO - POSSIBILIDADE QUE NÃO IMPLICA VIOLAÇÃO AOS DISPOSITIVOS DA LEI N. 6.205/75 - INAPLICABILIDADE DAS RESOLUÇÕES EMANADAS PELO CNSP POR ESTAREM EM DESCONFORMIDADE COM A LEI N. 6.194/74 - MONTANTE INDENIZATÓRIO CALCULADO COM BASE NO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE QUANDO DA OCORRÊNCIA DO EVENTO DANOSO - CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DA MESMA DATA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - MINORAÇÃO - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Segundo o ordenamento jurídico brasileiro, o nascituro é sujeito de direito, tendo, assim, personalidade, e, via de consequência, todos os direitos assegurados à pessoa humana, ou seja, todos os direitos fundamentais, e é por isso que o arcabouço legal busca resguardar diversos direitos que venham garantir o seu nascimento com vida. (...) 6.2056.194. (30592 MS 2007.030592-5, Relator: Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, Data de Julgamento: 26/11/2007, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: 08/01/2008).

Como se percebe no acórdão acima, foi dito que segundo o ordenamento jurídico brasileiro, o nascituro é sujeito de direitos, tendo personalidade. A decisão cita o ordenamento jurídico como um todo, ao invés de citar o Código Civil especificamente. Isso ocorre porque este último expressa que a personalidade inicia-se a partir do nascimento com vida; porém, um considerável número de normas jurídicas (desde o próprio Código Civil até a Constituição Federal de 1988) trazem normas que, contrariamente, protegem os direitos e a personalidade do nascituro. De acordo com o mandamento constitucional da igualdade, portanto, em todas as situações relacionadas ao direito do nascituro, sua personalidade jurídica deveria ser considerada a partir do momento da concepção.

A par do exposto é possível, finalmente, proceder à análise do direito sucessório do nascituro. Tal como já visto em tópico anterior, o nascituro tem seus direitos sucessórios salvaguardados enquanto durar a gestação; somente após o nascimento com vida estes direitos serão efetivamente adquiridos e a situação do natimorto é, portanto, de completo desamparo perante o direito sucessório.

Nos dizeres de GONÇALVES (2011, p. 166), todos os filhos são apenas filhos, uns havidos fora do casamento e outros em sua constância, mas com iguais direitos e qualificações. O princípio da igualdade dos filhos é retirado do próprio Código Civil, em seu artigo 1.596, que diz: “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Assim é que todos herdaram, atualmente, em igualdade de condições, tornando-se obsoleta a discriminação causada pelo Código Civil anterior.

Nesses termos fica evidente, pois, o antagonismo: se todos os filhos têm condições de herdar igualmente, o nascituro está evidentemente excluído desta classe, uma vez que, se vier

a nascer morto ou se por alguma razão a gravidez não for a termo (resultando em um aborto) este nascituro, que passou a ser natimorto, não terá direito algum de herança, podendo-se concluir, com isso, que a igualdade entre filhos e a proteção aos direitos do nascituro não são efetivos.

Entrementes, se for aplicada a teoria concepcionista de aquisição da personalidade, por todas as razões já mencionadas, a situação será totalmente distinta. Uma vez que o ordenamento jurídico considere que o conceito já é titular de personalidade jurídica, possuindo (de fato) direitos, vindo seu genitor a morrer herdará imediatamente, não sendo necessário que venha a nascer para que adquira os seus direitos sucessórios.

Como bem assinala CAMPOS (2007), pretender que o nascituro seja algo diferente de um ser humano, é recuar para uma época em que os conhecimentos de Biologia eram inexistentes (ou quase). Mas não haverá, antes do nascimento, fases de transformação entre o ser não humano e o ser humano? Diante do questionamento, o autor opina no sentido de que todos os movimentos de transição apontados são arbitrários: a fase de desenvolvimento anterior não apresenta diferenças que permitam concluir que antes não há um ser humano e que um segundo, um minuto ou uma hora depois, já exista um.

CAMPOS (2007) insiste que um nascituro nada mais é do que um morituro, um nascituro que mudou de lugar e se adaptou ao novo, passando a respirar o ar. A vida de relação já existia no ventre da mãe, com mais intensidade do que nos primeiros dias de vida porque, quanto à autonomia, um recém-nascido de uma gestação de apenas vinte e cinco semanas é menos autônomo do que um nascituro que, no útero materno, complete trinta e sete semanas de vida, por isso não há razão para negar personalidade ao segundo e concedê-la ao primeiro.

É possível afirmar, desse modo, que o nascituro atualmente, não tem seus direitos sucessórios protegidos pelo Código Civil, uma vez que este diploma adota claramente a teoria natalista. Porém, é de se reconhecer que a jurisprudência nacional já vem decidindo (em algumas ocasiões) pela adoção da teoria concepcionista, mostrando que esta é a única forma de garantir os mandamentos constitucionais, presentes no ordenamento pátrio, de direito à vida, à igualdade e à dignidade para todos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como escopo avaliar a proteção conferida ao nascituro pelo Direito Sucessório brasileiro, através da análise das formas de aquisição de personalidade (e consequentemente, de capacidade) e do instituto da sucessão, em suas peculiaridades. O núcleo da problematização situou-se em analisar o desamparo causado ao direito de herdar do nascituro (em condições de igualdade com os demais herdeiros) à luz da adoção da teoria natalista, não permitindo esta que venha o natimorto a herdar.

A pesquisa foi centrada nos objetivos que foram alcançados, sendo o principal a realização de uma investigação sobre o tratamento que o Direito Sucessório brasileiro dá ao nascituro, comparando as diversas teorias elaboradas a respeito de sua personalidade jurídica e as consequências de cada uma, especialmente da teoria concepcionista. Confirmou-se a hipótese central, segundo a qual o Brasil hoje adota a teoria natalista, mesmo que com algumas ressalvas, sendo possível, dessa forma, constatar que uma imensa quantidade de pessoas acaba por ter seus direitos descobertos pelo ordenamento jurídico, pois em relação ao Direito Sucessório os direitos do nascituro não chegam a sair do plano teórico, uma vez que ele só passa a efetivamente ser o titular dos direitos a partir do seu nascimento com vida.

No que se refere aos demais objetivos buscados com a pesquisa, todos foram alcançados, sendo eles: o exame das teorias que tratam do início da personalidade jurídica, igualmente cotejando o Direito brasileiro e as legislações alienígenas; o reconhecimento do instituto jurídico da sucessão legítima, dando ênfase à ordem de vocação hereditária e às pessoas que têm legitimidade para suceder; e a análise do tratamento que o nascituro recebe, mais especificamente no que se refere à garantia e efetividade de seus direitos, tendo sido oferecida alternativa, na forma da adoção da teoria concepcionista, para que tais direitos sejam postos em prática, protegendo os interesses do concebido e os de seus herdeiros.

Houve, no primeiro capítulo, a confirmação da primeira hipótese apresentada, mostrando esta que apesar das amplas discussões em meio acadêmico acerca do início da vida, é entendimento pacificado pela ciência que toda a carga genética do indivíduo encontra-se pronta a partir do momento da concepção; e que, mesmo que o ser em formação não venha a deixar o corpo da mãe, ele forma um indivíduo separado, cuja vida, apesar de dependente, é própria, não importando se esta vem a deixar o útero ou não para que seja caracterizada como tal.

A importância deste tema materializa-se no cotidiano, pois há inúmeros casos em que, morrendo o pai, tendo este deixado mulher grávida, seu filho nascituro, não importando qual seja o seu grau de desenvolvimento, tem seus direitos não somente ameaçados, mas sequer considerados pelo ordenamento jurídico brasileiro, caso ele não sobreviva ao nascimento. Ele será, para o ordenamento jurídico brasileiro, considerado como se nunca houvesse existido.

No último capítulo foi mostrado que é essencial que a legislação brasileira, além de corresponder às necessidades sociais, adote uma posição que não venha a contradizer a si própria, pois ao mesmo tempo em que confere direitos ao nascituro, tanto por meio da legislação como por meio de decisões judiciais, ela atesta que este tem mera expectativa de direitos. Sendo assim, é necessário rever este tratamento, sempre no sentido de beneficiar o nascituro. Destarte, não pode ele ter direitos concedidos em uma situação, enquanto que em outra tem sua condição de ser humano relativizada, o que vem a ferir o seu direito à vida bem como os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

A pesquisa bibliográfica realizada teve cunho jurídico-dogmático, tendo sido o método dialético o mais apropriado no sentido de ponderar as contradições que existem no ordenamento jurídico brasileiro no que se refere aos direitos do nascituro, uma vez que ora são garantidos pelo Estado, ora são ignorados. A utilização do método comparativo, em seguida, tornou possível comparar as diversas formas que ordenamentos alienígenas encontraram para tratar do nascituro e, através destas, reconhecer os erros cometidos pelo ordenamento jurídico pátrio e buscar a forma mais adequada de correção dos mesmos.

A personalidade, no mundo do Direito, é o que faz com que o seu titular seja sujeito de direitos e obrigações, vindo a se materializar na capacidade. Outrossim, para entender o momento em que é adquirida, é necessário entender o nascituro, que existe como ser concebido, ainda no ventre de sua mãe, antes, do nascimento.

Como se sabe, existem três teorias que versam sobre o momento de aquisição da personalidade, a saber, a natalista, a da personalidade condicional e a concepcionista. A teoria natalista confere ao nascituro personalidade somente após a confirmação do seu nascimento com vida; o Código Civil brasileiro, em consonância com o Código português, o italiano, o francês e o espanhol, adotam esta teoria de aquisição da personalidade; em sentido contrário, o Código Civil argentino adota a teoria concepcionista, conferindo ao nascituro personalidade a partir do momento da concepção.

O Direito Sucessório, como visto, permite que a partir da morte do hereditando, seus bens sejam transmitidos a seus herdeiros. E assim, tem-se as duas formas de sucessão: a legítima e a sucessão testamentária. A principal forma de sucessão utilizada no Brasil é a

sucessão legítima, a qual obedece à ordem de vocação hereditária e confere aos descendentes a primazia no direito de herdar, não havendo diferenciação entre filhos.

A sucessão testamentária, por sua vez, permite ao testador dispor de seu patrimônio da forma como melhor lhe aprouver, porém, no Brasil, não é possível testar livremente, uma vez que a metade dos bens está salvaguardada por lei aos herdeiros necessários. Entretanto, o filho nascituro não recebe igual tratamento. De acordo com a lei, no momento da morte de seu genitor, o nascituro tem seus direitos sucessórios salvaguardados, mas somente os adquire quando nasce, pelo que surge uma situação de desamparo legal ao nascituro que, não importando por qual motivo, venha a se tornar um natimorto.

É de se reconhecer que há alguns direitos dos quais o concebido é titular: em primeiro lugar, o direito à vida, materializado na Constituição e na criminalização do aborto; em seguida, o direito à pensão alimentícia, na forma dos alimentos gravídicos devidos à sua genitora; o nascituro pode, ainda, ser indenizado por danos morais. Com efeito, a jurisprudência nacional recente vem acompanhando estas mudanças, no sentido de reconhecer direitos ao nascituro; visto isso, não há razão concreta para o disparate posto no tratamento sucessório entre o nascituro e os demais descendentes.

Assim é que o ordenamento jurídico brasileiro criminaliza o aborto, pois o direito à vida está acima de todos os outros. Entrementes, há exceções, quais sejam, os casos de gestação resultante de estupro e quando a gravidez causa graves danos à mãe, arriscando-lhe a vida.

Além disso, o ordenamento jurídico brasileiro se propõe ao cumprimento do conteúdo dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, fazendo com que o paradoxo legal seja ainda mais agravado e, somando-se a isso o fato de que alguns tribunais pátrios já sentenciaram em favor da personalidade do nascituro, adotando a teoria concepcionista como base para tal conduta.

Forçoso é concluir, então, que a lei brasileira situa-se em terreno de muitas contradições, verdadeiros paradoxos que permeiam a regulamentação da proteção ao direito sucessório do nascituro que, para herdar e transmitir herança, precisa atingir a fase do nascimento com vida, mesmo que seja por alguns instantes, tendo seus direitos protegidos pela lei, mas dependentes da condição suspensiva, que é o nascimento, para se realizarem. O nascituro está, portanto, desamparado legalmente, todavia, se for adotada a teoria concepcionista de aquisição de personalidade, o nascituro passará a herdar imediatamente, mesmo que venha a ser natimorto, garantindo-se-lhe a aplicação dos princípios

constitucionais de igualdade e dignidade e promovendo-se a harmonização do Direito Sucessório com os demais dispositivos legais que conferem direitos ao nascituro.

Por fim, tendo em vista todas as alegações sobre a situação jurídica do nascituro em face ao Direito Sucessório no Brasil, foi chegada à conclusão de que, claramente, a situação do concebido é de total desamparo legal. A legislação brasileira cometeu um erro grave ao adotar a teoria natalista de aquisição da personalidade, mesmo que de forma mitigada. Ressalvar direitos a um titular que não é considerado pessoa é um paradoxo, pois somente a pessoa é sujeito de direitos. Somando-se a tal falha há ainda a atribuição de outros direitos ao nascituro dentro da mesma legislação que lhe nega a personalidade, mostrando a infelicidade do legislador brasileiro no que se refere à redação do artigo 2º do Código Civil.

Morrendo o nascituro antes de vir ao mundo, por isso, não terá direito algum, sendo absolutamente ignorado pelo Direito, o que fere alguns dos mais básicos dos princípios jurídicos (o da igualdade e o da dignidade da pessoa humana). A única forma plausível de solução de tais problemas seria a adoção da teoria concepcionista no Brasil, garantindo ao nascituro, destarte, a titularidade da personalidade jurídica e todos os direitos dela decorrentes, criando uma situação de igualdade entre o concebido e as outras pessoas, uma vez que a única diferença que os separa é o estágio de desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. **Código civil**. Disponível em: <<http://www.codigocivilonline.com.ar/>>. Acesso em: 02 nov. 2011. Tradução livre.

ARGENTINA. **Constitución nacional**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/capitulo1.php>>. Acesso em: 02 nov. 2011. Tradução livre.

BÍBLIA, Português. **Bíblia sagrada**. Tradução de João Ferreira de Almeida. São Paulo: Sociedade Bíblica Trinitariana do Brasil, 1994. Edição Corrigida e Revisada, Fiel ao Texto Original.

BRASIL. **Código civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 21 set. 2011.

BRASIL. **Constituição de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 25 set. 2011.

BRASIL. **Lei nº 6.015**, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015.htm>. Acesso em: 10 nov. 2011.

BUJALANCE, Juan Luís Sevilla. Persona, personalidad jurídica, nasciturus y derecho civil español. In: **Iustitia Sacerdos**. La Revista Católica del Derecho. Disponível em: <<http://www.iustitiae.tomas-moro.org/derecho-civil/articulos-derecho-civil/personapersonalidadjuridicanasciturusyderechocivilesanol>>. Acesso em: 01 nov. 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAMPOS, Diogo Leite de. A capacidade sucessória do nascituro (ou a crise do positivismo legalista). **Revista Del Rey**. Minas Gerais: Del Rey, Ano 9, nº 17. jan./jul. 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CARDOSO, Marina Pacheco. A adoção do nascituro sob a égide do Código civil de 2002. **Revista Direito & Justiça**, v. 35, n. 1, 2009. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/8211/5898>>. Acesso em: 16 nov. 2011.

CÓDIGO DE MANU, Livro VIII. Disponível em: <<http://www.ufra.edu.br/legislacao/CODIGO%20DE%20MANU.pdf>> Acesso em: 14 set. 2011.

CONDE, Enrique Álvarez. **Curso de derecho constitucional**. V. 1. 5. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2006. Tradução livre.

COSTA, Jose Carlos. La Protección al concebido em el Derecho romano y los problemas modernos provenientes de la fecundación extracorporea. **Aequitas virtual**. Disponível em: <<http://www.salvador.edu.ar/juri/aequitasNE/nodos/NASCITURUS.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2011. Tradução livre.

COSTAGLIOLA, Anna; NACCIARONE, Lucia. **Compendio di diritto civile** (istituzioni di diritto privato). Dogana: Maggioli Editore, 2011. Tradução livre.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A cidade antiga**. Trad. Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas, 1961.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**: o direito romano e o direito civil brasileiro no Novo Código Civil. 30. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ESPAÑA. **Código civil**. Disponível em: <http://www.ucm.es/info/civil/jgstorch/leyes/cc_0107.htm#T%C3%8DTULO%20II.%20Del%20nacimiento%20y%20la%20extinci%C3%B3n%20de%20la%20personalidad%20civil>. Acesso em: 01 nov. 2011.

ESPAÑA. **Constitución española**. Tradução livre. Disponível em: <<http://www.boe.es/aeboe/consultas/enlaces/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2011.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 2. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FORLIN, Aline Cristina Chaves. **Nascituro**: o direito a alimentos. Porto Alegre, 2007, 33 F. Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia), Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

FRANÇA. **Code civile**. Disponível em: <<http://admi.net/code/index-CCIVILL0.html>>.

GALGANO, Francesco. **Trattato di diritto civile**. V. 1. 2. ed. Padua: Editore Cedam, 2010. Tradução livre.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. V. 1: parte geral. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. V. 7: direito das sucessões. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GUERRA JÚNIOR, Sylvio. Da posse em nome do nascituro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1559, 8 out. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10508>>. Acesso em: 17 nov. 2011.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil, parte especial**: do direito das sucessões, volume 20 (arts. 1.784 a 1.856). Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. – 2. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2007

ITÁLIA. **Codigo civile**. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardoza/obiter_dictum/codciv/Lib1.htm>. Acesso em: 28 out. 2011.

ITÁLIA. **Costituzione italiana**. Disponível em: <<http://www.comune.fi.it/costituzione/spagnolo.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 10. ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2000.

MEDCENTER. **Eritroblastose fetal**: a doença da incompatibilidade sanguínea entre mãe e feto. Disponível em: <<http://www.medcenter.com/Medscape/content.aspx?bpid=103&id=1201>>. Acesso em: 14 nov. 2011.

MENDES, Marisa Schmitt Siqueira; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. A sucessão legítima dos cônjuges no ordenamento jurídico brasileiro. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 5, no

195. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1538>> Acesso em: 10 set. 2011.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado, tomo I**. Editor Borsoi.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. V. 1: parte geral. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MOORE, Keith L.; PERSAUD, T. V. N. **Embriologia Clínica**. 7. ed. 3ª reimpressão. Trad. Maria das Graças Fernandes Sales *et al.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

MOTA, Sílvia. **Da bioética ao biodireito: a tutela da vida no âmbito do direito civil**. 1999. 308 F. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1999.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Método, 2010.

ORDENAÇÕES AFONSINAS. Livro IV. Título LXXXIII. Disponível em: <<http://www.ci.uc.pt/ihiti/proj/afonsinas/14p306.htm>>. Acesso em: 26 out. 2011.

ORDENAÇÕES FILIPINAS. Livro III. Título XVIII. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/13p582.htm>>. Acesso em: 28 out. 2011.

_____. Livro IV. Título LXXXII. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/14p914.htm>>. Acesso em: 28 out. 2011. Acesso em: 30 out. 2011. Tradução livre.

ORDENAÇÕES MANUELINAS. Livro III. Título XXVIII. Disponível em: <<http://www.ci.uc.pt/ihiti/proj/manuelinas/13p99.htm>>. Acesso em: 26 out. 2011.

PAIVA, J. A. Almeida. A personalidade civil do homem começa com o nascimento com vida. **Revista Consultor Jurídico**, 24 de novembro de 2003. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2003-nov-24/personalidade_civil_comeca_nascimento_vida>. Acesso em: 14. out. 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. V.6: direito das sucessões. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PUSSI, William Artur. **Personalidade jurídica do nascituro**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

REIS, Clayton. A dignidade do nascituro. In: CORRÊA, Elídia Aparecida de Andrade (Coord.) **Biodireito e dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2006.

RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. **Alimentos para o nascituro**: tutela do direito à vida. Curitiba: Juruá, 2011.

SAMANIEGO, Daniela Paes Moreira. A concepção tomista de pessoa. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 45, 1 set. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/560>>. Acesso em: 19 out. 2011.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TAVARES, Ana Livia Freire. A evolução do direito sucessório quanto à origem da filiação no ordenamento jurídico brasileiro: uma análise à luz da constitucionalização do direito civil. **Jurisway**. Disponível em: < http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3333>. Acesso em: 10 set. 2011.

VASCONCELLOS, Milton Silva de. O natimorto: relativizando a personalidade jurídica. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 4, no 169. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1119>> Acesso em: 19 nov. 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito das sucessões. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ZAINAGHI, Maria Cristina. **Os meios de defesa dos direitos do nascituro**. São Paulo: LTr, 2007.

ZIULU, Adolfo Gabino. **Derecho constitucional, tomo I**: principios y derechos constitucionales. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1997. Tradução livre.

ZUGAIB, Marcelo. **Obstetrícia**. Barueri: Manole, 2008.